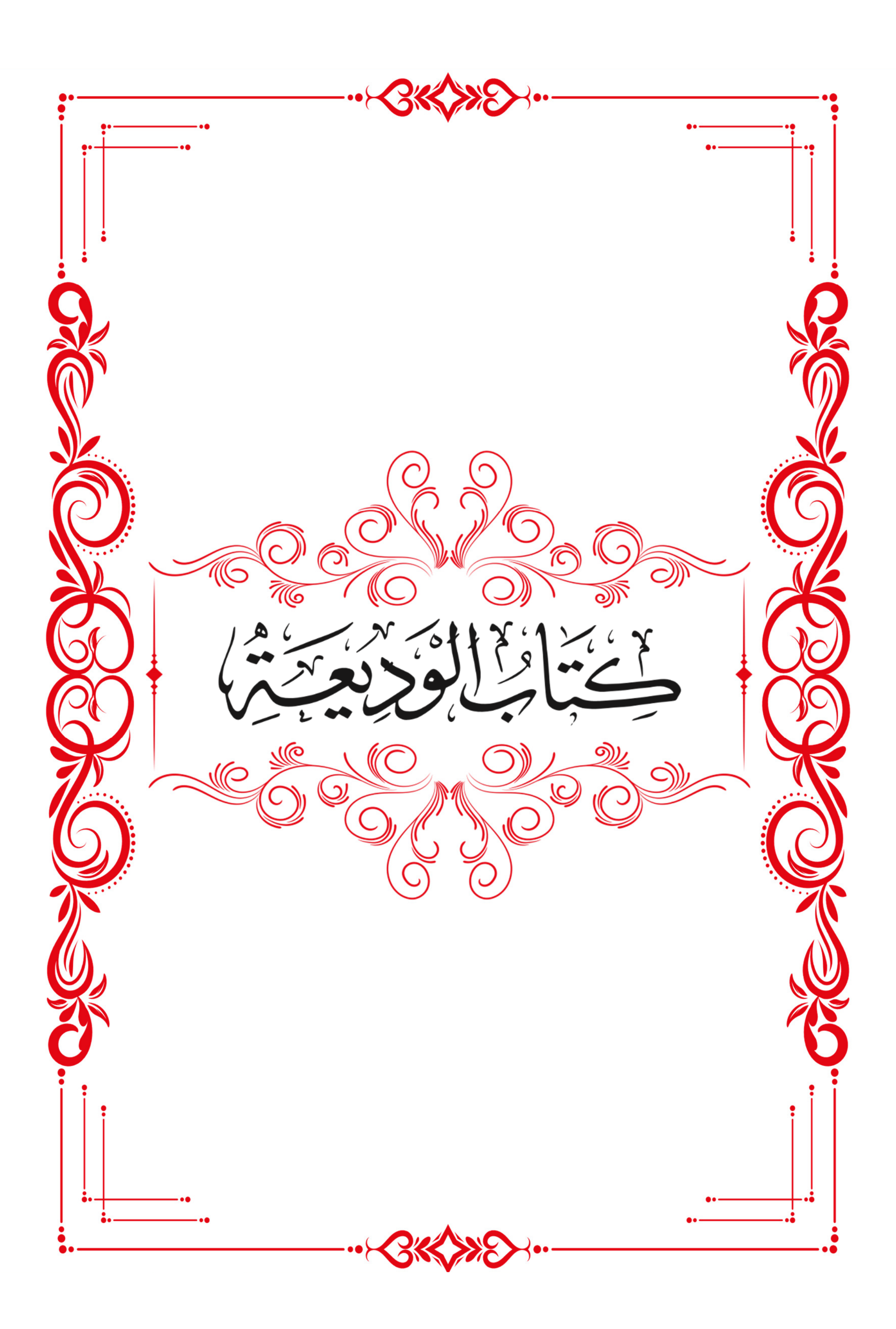


كِتَابُ الوَدِيعَةِ


د. ياسر
النجار



تَعريفُ الوَديعةِ:

الوَديعةُ لُغةً: وَاحدةُ الوَدائعِ، وهي ما استُودِعَ، وأَنشدَ الصَّاغانِيُّ للَبيدٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ:

وما المالُ والأَهلونَ إلا وَديعةٌ ... ولا بدَّ يومًا أنْ تُردَّ الوَدائِعُ

ويُقالُ: أَودعَه مالًا، أيْ دفعَه إليه ليَكونَ وَديعةً عندَه، وأَودعَه مالًا أيضًا قبلَه منه وَديعةً، وهو مِن الأَضدادِ، واستَودعَه وَديعةً استَحفظَه إِياها.

ويُقالُ: أَودعْت زَيدًا مالًا واستَودعْتُه إِياه إذا دَفعتُه إليه ليَكونَ عندَه، فأنا مُودِعٌ ومُستودِعٌ -بالكسرِ-، وزَيدٌ مُودَعٌ ومُستودَعٌ -بالفتحِ-، والمالُ مُودَعٌ ومُستودَعٌ، أيْ وَديعةٌ.

وهي مُشتقَّةٌ مِن قَولِهم: ودَعَ الشيءَّ، إذا سكَنَ واستَقرَّ، أيْ أنها مُستقرَّةٌ عندَ المُودَعِ.



وقيلَ: إنها مُشتقَّةٌ مِن قولِهم: «فلانٌ في دَعَةٍ»؛ أيْ: في خَفضٍ مِن العيشِ، أيْ أنَّ الوَديعةَ في دَعةٍ غيرَ مُتبَلَّاةٍ بالانتِفاعِ.

وتُطلَقُ الوَديعةُ علىٰ الاستِنابةِ في الحفظِ، وذلك يَعمُّ حقَّ اللهِ وحقَّ الآدميِّ، قالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ ﴾ [الأحزاب: 72]، ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَٰنَٰتِ ﴾ [النساء: 58]، ويُقالُ: أودَعَ فُلانٌ فُلانًا علىٰ أهلِه أو مالِه أو صيَّرَه نائبًا عنه في حفظِ مالِه، وعلىٰ مَعنىٰ ذلك يُفهَمُ مَعنىٰ ما ورَدَ: «أَستودِعُ اللهَ دينَك وأمانَتَك» معناه: أَطلبُ مِن اللهِ الحفظَ لك، وأما في عُرفِ الفُقهاءِ فهي أخَصُّ من ذلك(1).

والوَديعةُ اصطِلاحًا:

تعَدَّدت عِباراتُ الفُقهاءِ في تَعريفِ الوَديعةِ اصطِلاحًا، وإن كانَ جَميعُها يَدورُ حولَ حِفظِ المالِ عندَ الغيرِ.

قالَ الحَنفيةُ: الوَديعةُ في الشرعِ: عِبارةٌ عن تَركِ الأَعيانِ مع مَن هو أهلٌ للتَّصرفِ في الحفظِ مع بَقائِها علىٰ حُكمِ مُلكِ المالكِ(2).

---

(1) يُنظَر: «لسان العرب» (8/ 386)، و«مختار الصحاح» (1/ 297)، و«تاج العروس» (22/ 298) مادة (ودع)، و«المختصر الفقهي» (10/ 438)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 108)، و«أنيس الفقهاء» ص(248)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 328)، و«الوسيط» (5/ 471، 472)، و«البيان» (6/ 471).

(2) «الجوهرة النيرة» (4/ 149).

وقيلَ: الإيداعُ هو تَسليطُ الغيرِ علىٰ حفظِ مالِه صَريحًا أو دِلالةً، والوَديعةُ ما تُتركُ عندَ الأَمينِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: الإيداعُ: تَوكيلٌ بحفظِ مالٍ[2].

أو: مالٌ مُوكلٌ علىٰ حفظِه[3].

فالإيداعُ نوعٌ خاصٌّ مِن التَّوكيلِ؛ لأنَّه تَوكيلٌ علىٰ خُصوصِ حفظِ المالِ، فالتَّوكيلُ علىٰ البَيعِ أو الشِّراءِ أو الاقتِضاءِ أو الطَّلاقِ أو النِّكاحِ أو الخُصومةِ لا يُسمَّىٰ إيداعًا[4].

وقالَ ابنُ عَرفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الوَديعةُ بمَعنىٰ الإيداعِ نَقلُ مُجرَّدِ حِفظِ مِلكٍ يُنقَلُ، فيَدخلُ إيداعُ الوَثائقِ بذكرِ الحُقوقِ، ويَخرجُ حِفظُ الإيصاءِ والوَكالةُ؛ لأنَّهما لأزيدَ منه، وحِفظُ الربعِ[5].

وقالَ الشافِعيةُ: حَقيقةُ الوَديعةِ شرعًا: تَوكيلٌ في حِفظِ مَملوكٍ أو مُحترَمٍ مُختصٍّ علىٰ وجهٍ مَخصوصٍ.

فحَقيقتُها: تَوكيلٌ خاصٌّ، تَوكيلٌ مِن جهةِ المُودِعِ، وتَوكلٌ مِن جهةِ الوَديعِ في حِفظِ المالِ أو الاختِصاصِ، كنَجسٍ مُنتفَعٍ به، فخرَجَت اللُّقطةُ

(1) «تبيين الحقائق» (5/ 76)، و«البحر الرائق» (7/ 273)، و«اللباب» (1/ 643)، و«مجمع الضمانات» (1/ 191).
(2) «شرح مختصر خليل» (6/ 108)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 120).
(3) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 141).
(4) «حاشية الدسوقي» (5/ 120).
(5) «المختصر الفقهي» (10/ 438)، و«مواهب الجليل» (7/ 225).

والأَمانةُ الشَّرعيةُ، كأنْ طيَّرَ نحوَ ريحٍ شيئًا إليه أو إلىٰ مَحلِّه وعلِمَ به؛ لأنَّه مالٌ ضائعٌ مُغايرٌ لحُكمِ الوَديعةِ، ولأنَّه لا يَصدُقُ علىٰ اللُّقطةِ والأَمانةِ الشَّرعيةِ الاستِحفاظُ -أيْ طَلَبُ الحِفظِ مِن الغيرِ- ولا التَّوكلُ والتَّوكيلُ[1].

وأما الحَنابِلةُ فتَعدَّدت تَعريفاتُهم للوَديعةِ:

فقالَ في «مُنتهى الإرادات»: الوَديعةُ: المالُ المَدفوعُ إلىٰ مَن يَحفظُه بلا عِوضٍ.

والإيداعُ: تَوكيلٌ في حِفظِه تبَرعًا، والاستِيداعُ: تَوكيلٌ في حِفظِه كذلك -أيْ تبَرعًا- بغيرِ تَصرُّفٍ فيه[2].

وقالَ ابنُ مُفلحٍ: الوَديعةُ في الشَّرعِ: اسمٌ لعَينٍ تُوضَعُ عندَ آخرَ ليَحفظَها، فهي وَكالةٌ في الحِفظِ فيُعتبَرُ أَركانُها، والأَحسنُ أنها تَوكيلٌ في حِفظِ مَملوكٍ أو مُحترَمٍ مُختصٍّ علىٰ وجهٍ مَخصوصٍ[3].

وقالَ الرُّحيبانِيُّ: الوَديعةُ شَرعًا (المالُ) أو المُختصُّ -ككَلبِ الصيدِ- (المَدفوعُ) مِن جائزِ التَّصرفِ (إلىٰ مَن) أيْ: إلىٰ إنسانٍ جائزِ التَّصرفِ (يَحفظُه)، فخرَجَ بقيدِ المالِ أو المُختصِّ الكلبُ الذي لا يُقتنَىٰ والخَمرُ ونحوُهما مما لا يُحترَمُ، وبقيدِ المَدفوعِ ما ألقتْهُ الرِّيحُ إلىٰ دارٍ مِن نحوِ ثوبٍ وما أخَذَه بالتَّعدِّي، وبقيدِ الحفظِ العاريةُ ونحوُها.

---

(1) «مغني المحتاج» (4/ 131)، و«تحفة المحتاج» (8/ 299)، و«الديباج» (3/ 106).

(2) «منتهىٰ الإرادات» (4/ 233)، ويُنْظَر: «كشاف القناع» (4/ 203).

(3) «المبدع» (5/ 233).

(ويَتجهُ) حِفظُ المالِ المُودَعِ (ولو بعِوضٍ) يُؤخذُ علىٰ حِفظِه، وعليه يَدخلُ الأَجيرُ لحفظِ المالِ (خِلافًا للمُنتهىٰ)، فإنه قالَ: الوَديعةُ المالُ المَدفوعُ إلىٰ مَن يَحفظُه بلا عِوضٍ.

وقالَ في «الإِنصاف» نقلًا عن «الفائِق»: الوَديعةُ عِبارةٌ عن تَوكُّلٍ لحِفظِ مالِ غيرِه، ونقَلَ عن «الرِّعاية الصُّغرىٰ» أنها عَقدُ تبرُّعٍ بحفظِ مالِ غيرِه، ولَمْ أرَ لغيرِه هذا الاتجاهَ، ولا ما يُؤدِّي مَعناه.

(والإِيداعُ التَّوكيلُ) مِن ربِّ المالِ (في حِفظِه) حالَ كونِ الحفظِ (تبرُّعًا) مِن الحافظِ، (والاستِيداعُ التَّوكلُ) مِن إنسانٍ (في حِفظِه) -أيْ: حِفظِ مالِ غيرِه- (كذلك) -أيْ: تبرُّعًا- (بغيرِ تَصرُّفٍ) في المالِ المَحفوظِ لعدمِ الإذنِ في التَّصرُّفِ بغيرِ الحِفظِ[1].

فالخلافُ عندَ الحَنابِلةِ: هل يَجوزُ أخذُ العِوضِ علىٰ حِفظِ الوَديعةِ أم لا؟

الفرقُ بينَ الوَديعةِ والأمانةِ:

والفرقُ بينَ الوَديعةِ والأَمانةِ أنَّ الوَديعةَ خاصَّةٌ والأَمانةُ عامَّةٌ، فكلُّ وَديعةٍ أَمانةٌ وليسَت كلُّ أَمانةٍ وَديعةً، فالوَديعةُ هي الاستِحفاظُ قصدًا، والأَمانةُ هي الشيءُ المَوجودُ عندَ الشَّخصِ الذي اتُّخذَ أمينًا، سَواءٌ أجعَلَ أَمانةً بعقدِ الاستِحفاظِ كالوَديعةِ أم كانَ أَمانةً ضِمنَ عَقدٍ كالمَأجورِ

(1) «مطالب أولي النهىٰ» (4/ 147، 148).

والمُستعارِ، أو صارَ أَمانةً في يدِ شخصٍ بدونِ عقدٍ ولا قصدٍ، كما لو أَلقت الرِّيحُ في دارِ أحدٍ مالَ جارِهِ، فنَظَرًا لكَونِه لمْ يُوجدْ عَقدٌ فلا يَكونُ ذلك المالُ وَديعةً عندَ صاحبِ البيتِ، بل أَمانةٌ فقط.

الأَمانةُ لغةً: مَصدرٌ بمعنىٰ كونِ الإنسانِ أَمينًا.

وفي اصطِلاحِ الفُقهاءِ: الأَمانةُ: هي الشيءُ المَوجودُ عندَ مَن اتُّخذَ أَمينًا، يَعني المالَ[1].

وقالَ ابنُ نُجيمٍ الحَنفيُّ: والفَرقُ بينَ الوَديعةِ والأَمانةِ مِن وَجهينِ:

أَحدُهما: أنَّ الوَديعةَ خاصَّةٌ بما ذَكرناه، والأَمانةُ خاصَّةٌ بما لو وقَعَ في يدِه شيءٌ مِن غيرِ قصدِه، بأنْ هَبَّت الريحُ بثوبِ إنسانٍ وألقته في حِجرِ غيرِه.

وحكمُها مُختلِفٌ في بعضِ الصورِ؛ لأنَّ في الوَديعةِ يَبرأُ عن الضَّمانِ إذا عادَ إلىٰ الوفاقِ، وفي الأَمانةِ لا يَبرأُ عن الضَّمانِ بعدَ الخلافِ.

الثاني: أنَّ الأَمانةَ عَلمٌ لما هو غيرُ مَضمونٍ، فيَشملُ جَميعَ الصورِ التي لا ضَمانَ فيها، كالعاريةِ والمُستأجَرِ والمُوصىٰ بخِدمتِه في يدِ المُوصىٰ له بها، والوَديعةُ ما وُضعَ للأَمانةِ بالإيجابِ والقَبولِ، فكانا مُتغايرَينِ[2].

---

(1) «الجوهرة النيرة» (4/ 149)، و«البحر الرائق» (7/ 274)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 194)، و«أنيس الفقهاء» ص(248)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 141)، و«حاشية إعانة الطالبين» (3/ 499)، و«كشاف القناع» (4/ 203).

(2) «البحر الرائق» (7/ 274)، و«ابن عابدين» (8/ 329).

مَحاسنُ الوَديعةِ:

مِن مَحاسنِها اشتِمالُها علىٰ بذلِ مَنافعِ بدنِه ومالِه في إِعانةِ عِبادِ اللهِ، واسْتِيجَابِه الأجرَ والثناءَ.

وحِفظُ الوَديعةِ يُوجِبُ سَعادةَ الدَّارينِ، والخِيانةُ فيها تُوجِبُ الشَّقاءَ فيهما، ويَجبُ علىٰ العبدِ أنْ يَسألَ التَّوفيقَ علىٰ حِفظِ جَميعِ الأماناتِ، فإنَّه فَرضٌ [1].

مَشروعيَّةُ الوَديعة:

الوَديعةُ مَشروعةٌ بالكتابِ والسُّنةِ والإجماعِ والمَعقولِ.

أما الكتابُ: فقَولُ اللهِ تَعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: 58]، أيْ يَأمرُ كلَّ مَن كانَ عندَه أَمانةٌ أنْ يَردَّها إلىٰ صاحِبها إذا طلبَها، فالآيةُ وإن نزَلَت في مِفتاحِ الكَعبةِ فهي عامَّةٌ؛ لأنَّ العِبرةَ بعُمومِ اللَّفظِ لا بخُصوصِ السَّببِ.

وقولُ اللهِ تَعالىٰ: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: 283].

وقولُه تَعالىٰ: ﴿وَمِنۡ أَهۡلِ ٱلۡكِتَٰبِ مَنۡ إِن تَأۡمَنۡهُ بِقِنطَارٖ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيۡكَ﴾ [آل عمران: 75] فدلَّ علىٰ أنَّ للأَمانةِ أصلًا في الشَّرعِ.

---

(1) يُنظَر: «تبيين الحقائق» (5/ 76)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 327، 334)، و«حاشية إعانة الطالبين» (3/ 449)، و«المبدع» (5/ 233)، و«كشاف القناع» (4/ 203).



وأما السُّنةُ: فقَولُ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**علىٰ اليدِ ما أخَذَت حتىٰ تُؤدِّيه**»[1].

وقالَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**أدِّ الأمانةَ إلىٰ مَن ائتمَنَك، ولا تَخنْ مَن خانَك**»[2]. أيْ لا تُقابلْه بخيانةٍ.

وعن عائشةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا في هِجرةِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ قالَت: «وأمرَ -تَعني رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ- عليًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنْ يَتخلَّفَ عنه بمَكةَ حتىٰ يُؤدِّي عن رسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الوَدائعَ التي كانَت عندَه للناسِ»[3].

---

(1) رواه الترمذي (1266)، وقالَ: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، والنسائي في «الكبرىٰ» (5783)، وابن ماجه (2400)، والحاكم (2/ 55)، وقالَ: صحيحُ الإسنادِ علىٰ شرطِ البُخاريِّ ولَم يُخرّجاه، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 90/ 95) عن سعيدِ بنِ أَبي عروبةَ عن قَتادةَ عن الحسنِ عن سَمرةَ بنِ جُندبٍ مَرفوعًا به قالَ الحافظ في «الفتح» (5/ 241): وسماعُ الحَسنِ مِن سُمرةَ مُختلَفٌ فيه.

(2) رواه الإمام أحمد في «مسنده» (15462)، وأبو داود (3534).

(3) رواه البيهقي في «الكبرىٰ» (12476)، و**قالَ الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ في «تلخيص الحبير» (3/ 97، 98):** قولُه: رُوِيَ «أنه صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ كانَت عندَه وَدائعُ، فلمَّا أرادَ الهِجرةَ سلَّمَها إلىٰ أمِّ المُؤمنينَ وأمرَ عليًّا بردِّها» أما تَسليمُها إلىٰ أمِّ المُؤمنينَ فلا يُعرَفُ، بل لَمْ تَكُنْ عندَه في ذلك الوقتِ إنْ كانَ المرادُ بها عائشةَ، نعم كانَ قد تزوَّجَ سَودةَ بنتَ زمعةَ قبلَ الهجرةِ، فإن صحَّ فيَحتملُ أنْ تَكونَ هي، وأما أمرُه عليًّا بردِّها فرواه ابنُ إسحاقَ بسندٍ قويٍّ، فذكرَ حديثَ الخروجِ إلىٰ الهجرةِ، قالَ: فأقامَ عليُّ بنُ أبي طالبٍ خمسَ ليالٍ وأيامَها حتىٰ أدَّىٰ عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الوَدائعَ التي كانَت عندَه للناسِ.

وأما الإِجماعُ: فقد أَجمعَ عُلماءُ المُسلِمينَ في كلِّ عَصرٍ ومِصرٍ علىٰ جَوازِ الإِيداعِ والاستِيداعِ.

قالَ الإمامُ العِمرانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأمةُ أجمَعَت علىٰ جَوازِ الإيداعِ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما الإجماعُ فأجمعَ عُلماءُ كلِّ عصرٍ علىٰ جَوازِ الإِيداعِ والاستِيداعِ[2].

وأما المَعقولُ: فإنَّ العِبرةَ تَقتضِيها، فإن بالناسِ إليها حاجةً، فإنه يَتعذَّرُ علىٰ جَميعِهم حفظُ أَموالِهم بأَنفسِهم، ويَحتاجونَ إلىٰ مَن يَحفظُها لهم[3].

الحُكمُ التَّكليفيُّ للوَديعةِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ قَبولِ الوَديعةِ، هل هو واجبٌ أم مُستحَبٌّ أم جائزٌ أم مَكروهٌ أم حرامٌ؟ علىٰ تَفصيلٍ في كلِّ مَذهبٍ.

قالَ الحَنفيةُ: قَبولُ الوَديعةِ مِن بابِ الإعانةِ؛ لأنَّه يَحفظُها لصاحبِها، وهي مَندوبةٌ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾ [المَائِدَة: 2]، وقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «**واللهُ في عَونِ العَبدِ ما كانَ العَبدُ في عَونِ أَخيهِ**»[4].

قالَ السِّمنانيُّ الحَنفيُّ: وعندَنا لا يَجبُ قَبولُ الوَديعةِ بحالٍ[5].

---

(1) «البيان» (6/ 472).

(2) «المغني» (6/ 300).

(3) «المغني» (6/ 300)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 147).

(4) أخرجه مسلم (2699).

(5) «روضة القضاة وطريق النجاة» للسمناني (2/ 613)، **ويُنْظَر**: «مجمع الأنهر» (3/ 467)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 433).



وقالَ المالِكيةُ: الوَديعةُ جائزةٌ مِن الجانِبينِ بالنظرِ لذاتِها لا لمَا يَعرضُ لها مِن وُجوبٍ أو حُرمةٍ أو غيرِهما مِن بقيةِ الأَحكامِ الخَمسةِ.

فالوُجوبُ: كالمالِ الذي في يدِ المَحجورِ عليه إذا لمْ يُؤخذْ منه تلِفَ، وكذا إذا خشِيَ ضَياعَها أو هَلاكَها إنْ لمْ يُودعْها، مع وُجودِ قابلٍ لها قادرٍ علىٰ حِفظِها، وكذا يَجبُ القَبولُ والإيداعُ، كما إذا خافَ ربُّها عليها عندَه مِن ظالمٍ ولمْ يَجدْ صاحِبُها مَن يَستودعُها غيرَه، فيَلزمُه عندَئذٍ القَبولُ قِياسًا علىٰ مَن دُعيَ إلىٰ أنْ يَشهدَ علىٰ شَهادةٍ ولمْ يَكنْ في البَلَدِ مَن يَشهدُ غيرُه، وكما يَقعُ في زَمنِ النَّهبِ مِن الإيداعِ عندَ ذوي البُيوتِ المُحترمَةِ.

وحُرمتُها: إذا كانَ المالُ مَغصوبًا أو مَسروقًا؛ لوُجوبِ المُبادرةِ إلىٰ ردِّه لمالكِه، ويَحرُمُ قَبولُه؛ لأنَّ في إمساكِه إعانةً علىٰ عدمِ ردِّه لمالكِه، ومَحلُّ كونِه يَحرمُ قَبولُه إذا كانَ لا يَقدرُ علىٰ جَحدِها ليَردَّها لربِّها أو للفُقراءِ إنْ كانَ المُودِعُ -بالكسرِ- مُستغرِقَ الذِّمةِ.

والنَّدبُ: إذا خشِيَ ما يُوجبُها دونَ تحقُّقِه.

والكَراهةُ: إذا خشِيَ ما يُحرِّمُها دونَ تَحقُّقِه[1].

وقالَ الشافِعيةُ: الوَدائعُ علىٰ أَضربٍ:

ضَربٌ يَعلمُ مِن نفسِه القُدرةَ علىٰ حِفظِها، ويَأمنُ مِن نفسِه الخِيانةَ فيها، ولا يَخافُ التَّلفَ عليها إنْ لمْ يَقبلْها، فهذا يُستحَبُّ له قَبولُها؛ لقَولِه

(1) «التاج والإكليل» (4/ 281)، و«حاشية الدسوقي» (5/ 120، 140)، و«الفواكه الدواني» (2/ 169، 170)، و«كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي» (2/ 358).

تَعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾ [المَائدة: 2]، ولا يَجبُ عليه قَبولُها؛ لأنَّه لا ضَرورةَ به تَدعو إلىٰ ذلك.

وضَربٌ يَجبُ عليه قَبولُها، وهو أنْ يَأتِيَ رَجلٌ بمالٍ ليُودعَه في مَكانٍ عندَ رَجلٍ، وليسَ هناك مَن يَصلُحُ لحِفظِها إلا هو، وهو يَعلمُ أنه إنْ لَمْ يَقبلْ ذلك منه هلَكَ المالُ، فيَجبُ عليه القَبولُ؛ لقَولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «**حُرمةُ مالِ المُؤمنِ كحُرمةِ دمِه**»[1]، فلو خافَ علىٰ دَمِه وقدِرَ علىٰ الدَّفعِ عنه لوجَبَ عليه ذلك، وكذلك مالُه، فإنْ لَمْ يَقبلْها أثِمَ لمَا ذَكرناه، ولا يَضمنُ المالَ إنْ تلِفَ؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدْ منه تَعدٍّ، فهو كما لو قدِرَ علىٰ الدفعِ عن نفسِ غيرِه، ولَمْ يَدفعْ عنه حتىٰ قُتلَ.

وضَربٌ يُكرَه له قَبولُها علىٰ الصَّحيحِ، وهو مَن قدِرَ علىٰ حِفظِها وهو في الحالِ أَمينٌ ولكنْ لَمْ يَثِقْ بأَمانتِه، بل خافَ الخِيانةَ مِن نفسِه في المُستقبلِ، فإنه يُكرَه له قَبولُها خَشيةَ الخِيانةِ فيها، وقيلَ يَحرمُ عليه قَبولُها، مَحلُّ ذلكَ إذا لَمْ يَعلمِ المالكُ الحالَ، وإلا فلا كَراهةَ ولا تَحريمَ.

وضَربٌ يَحرمُ عليه قَبولُها، وهو مَن يَعلمُ مِن حالِ نَفسِه العَجزَ عن حِفظِ الوَديعةِ، فإنَّه لا يَجوزُ له قَبولُها وإنْ وثِقَ بأَمانةِ نفسِه؛ لأنه يُغرِّرُ بمالِ غيرِه، ويُعرِّضُ نفسَه للضَّمانِ، فإنْ قبِلَها لَمْ يَجبْ عليه الضَّمانُ إلا بالتَّعدي.

قالَ ابنُ الرِّفعةِ: ومَحلُّه إذا لَمْ يَعلمِ المالكُ بحالِه وإلا فلا تَحريمَ.

(1) حَديثٌ ضعيفٌ: رواه البزار في «مسنده» (1699)، والدارقطني (2926).

وقالَ الزَّركشيُّ: في ذلك نَظرٌ، والوجهُ تَحريمُه عليهما، أما علىٰ المالكِ فلإضاعتِه مالَه، وأما علىٰ المُودعِ فلإعانتِه علىٰ ذلك.

قالَ الخَطيبُ الشِّربينيُّ: والمُعتمَدُ قولُ ابنُ الرِّفعةِ، وما قالَه الزَّركشيُّ مَمنوعٌ؛ لأنَّ الشَّخصَ إذا علِمَ أنَّ غيرَه يَأخذُ مالَه ليُنفقَه أو يُعطيَه غَيرَه لا يَحرمُ عليه، ولا علىٰ الآخذِ إذا علِمَ رِضاه بذلك، والإيداعُ صَحيحٌ مع الحُرمةِ، وأثرُ التحريمِ مَقصورٌ علىٰ الآثمِ، لكن لو كانَ المُودِعُ وَكيلًا أو وَليَّ يَتيمٍ حيثُ يَجوزُ له الإيداعُ، فهي مَضمونةٌ بمُجرَّدِ الأخذِ قطعًا[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: يُستحَبُّ قَبولُ الوَديعةِ لمَن يَعلمْ مِن نفسِه الأَمانةَ -أيْ أنه ثِقةٌ قادرٌ علىٰ حِفظِها- لمَا فيه مِن قَضاءِ حاجةِ أَخِيه ومَعونتِه، وقد أمَرَ اللهُ تَعالىٰ ورَسولُه بهما، قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**واللهُ في عَونِ العَبدِ ما كانَ العَبدُ في عَونِ أَخيه**»[2].

وإنْ كانَ عاجِزًا عن حِفظِها أو خائفًا مِن نفسِه عليها لَمْ يَجزْ له قَبولُها؛ لأنه يُغرِّرُ بها، إلا أنْ يُخبِرَ ربَّها بذلك إنْ كانَ لا يَعلمُه فيَرضاه، فإنَّ الحَقَّ له فيَجوزُ بذلُه[3].

---

(1) «مغني المحتاج» (4/ 131)، و«الإقناع» (2/ 377)، **ويُنظَر**: «المهذب» (1/ 359)، و«البيان» (6/ 473)، و«روضة الطالبين» (4/ 575)، و«تحفة المحتاج» (8/ 300، 301)، و«الديباج» (3/ 106، 107).

(2) أخرجه مسلم (2699).

(3) «المغني» (6/ 300)، و«الكافي» (2/ 373)، و«كشاف القناع» (4/ 203).

خَصائصُ عَقدِ الوَديعةِ:

خَصائصُ عَقدِ الوَديعةِ عندَ العُلماءِ ثَلاثٌ:

الجَوازُ والتَبرُّعُ والأَمانةُ.

أولاً: عَقدُ الوَديعةِ عَقدٌ جَائزٌ من الطَّرفينِ:

عَقدُ الوَديعةِ مِن العقودِ الجائزةِ في الجُملةِ، فيَجوزُ لكلٍّ مِن المُودِعِ والمُستودِعِ فسخُ الوَديعةِ متىٰ شاءَ دونَ التَّوقُّفِ علىٰ رِضا الآخرِ أو مُوافقتِه علىٰ الفسخِ، **وهذا في حقِّ المُودِعِ مما لا خلافَ فيه**، فله أنْ يَستردَّ وَديعتَه وقتما يَشاءُ، ويَلزمُ المُستودَعَ ردُّها إليه؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: 58]، **قالُ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ**: وأَجمعُوا علىٰ أنَّ الأَماناتِ مَردودةٌ إلىٰ أَربابِها[1]، حتىٰ لو حبسَها بعدَ الطَّلبِ فضاعَت ضمِنَ[2].

وكذا إذا أَرادَ المُستودَعُ ردَّ الوَديعةِ علىٰ صاحبِها لزِمَه قَبولُها؛ لأنَّ المُستودَعَ مُتبرِّعٌ بإمساكِها فلا يَلزمُه التبرُّعُ في المُستقبلِ[3].

إلا أنَّ الشّافِعيةَ استَثْنَوا مِن القَولِ بجَوازِ ردِّ الوَديعةِ في حقِّ المُستودَعِ متىٰ شاءَ حالةَ ما إذا كانَ قَبولُها واجبًا عليه ولَم يرضَ المالكُ بقَبولِ ردِّها عليه.

---

(1) «الإجماع» (558).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 210).

(3) «المغني» (6/ 300).

قالَ الشافِعيةُ: فللمُودِعِ الاستِردادُ وللوَديعِ الرَّدُّ في كلِّ وقتٍ، أما المُودِعُ فلأنَّه المالكُ، وأما الوَديعُ فلأنه مُتبرِّعٌ بالحفظِ.

قالُوا: وحالةُ جَوازِ الرَّدِّ هذه إذا لَمْ يَلزمْه قَبولُ الوَديعةِ ابتِداءً، أما إذا كانَ بحيث يَجبُ عليه قَبولُ الوَديعةِ ابتِداءً فيَحرمُ الرَّدُّ، وإنْ كانَ بحيث يَندُبُ القَبولُ فالرَّدُّ خِلافُ الأَولىٰ إنْ لَمْ يَرضَ به المالكُ، فإنْ طلَبَها المالكُ وجَبَ ردُّها إليه، فإنْ أخَّرَ بلا عُذرٍ مع الإمكانِ ضمِنَ.

وقالَ الرَّمليُّ: ولو طالبَ المُودَعُ المالكَ بأخذِ وَديعتِه لزِمَه أَخذُها؛ لأن قَبولَ الوَديعةِ لا يَجبُ فكذا استَدامةُ حِفظِها، ومنه يُؤخَذُ أنه لو كانَ في حالةٍ يَجبُ فيها القَبولُ يَجوز للمالكِ الامتِناعُ[1].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلفوا فيما لو عزَلَ المُستودَعُ نفسَه عن الوَديعةِ -في غَيبةِ المُودِعِ- هل يَنعزلُ أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ في الأَصحِّ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ المُستودَعَ إذا عزَلَ نفسَه انفسَخَت الوَديعةُ؛ لأنَّها عَقدٌ وتَكونُ بعدَ ذلك أَمانةً شَرعيَّةً حُكمُها في يدِه حُكمُ الثوبِ إذا أَطارَته الرِّيحُ إلىٰ دارِه يَجبُ ردُّه إلىٰ مالكِه.

---

(1) «حاشية الرملي علىٰ أسنىٰ المطالب» (3/ 84)، ويُنظَر: «النجم الوهاج» (6/ 348)، و«مغني المحتاج» (4/ 135)، و«تحفة المحتاج» (8/ 312)، و«نهاية المحتاج» (6/ 132).

جاءَ في «مَجلة الأَحكامِ العدليةِ» على المَـذهبِ الحَـنفيِّ المـادةُ (774):

«لكلٍّ مِن المُودِعِ والمُستودَعِ فسخُ عَقدِ الإيداعِ متىٰ شاءَ».

وجاءَ في شَرحِها: الإيداعُ ليسَ عَقدًا لازمًا، يَعني أنه ليسَ لازمًا بحقِّ أحدٍ مِن الطَّرفينِ، وفي هذا التَّقديرِ للمُودعِ أنْ يَستردَّ وَديعتَه متىٰ شاءَ؛ لأنَّه صاحبُ المالِ، ولصاحبِ الوَديعةِ أيضًا أنْ يَردَّ الوَديعةَ متىٰ أَرادَ؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بخُصوصِ حِفظِ الوَديعةِ (البَاجوريّ).

فبِناءً عليه لكلٍّ مِن المُودِعِ والمُستودَعِ صَلاحيةُ فَسخِ الإيداعِ متىٰ أَرادَ، سَواءٌ أكانَ عَقدُ الإيداعِ مُوقَّتًا لسنةٍ وَاحدةٍ مثلًا أم لَمْ يَكنْ، ويُستفادُ مِن المادةِ أنَّ للمُودِعِ فسخُ الإيداعِ وحدَه بالاستِقلالِ، فلذلك متىٰ طلَبَ المُودِعُ وَديعتَه يُقدِّمُها له؛ لأنَّ هذا الطَّلبَ يَتضمَّنُ فسخَ عقدِ الإيداعِ، فإذا امتَنعَ المُستودَعُ عن إعادتِها ثمَّ هلكَتِ الوَديعةُ لزِمَ ضَمانُها علىٰ المُستودَعِ، ولو كانَ هَلاكُها بلا تَعدٍّ ولا تَقصيرٍ، وعندَما تُطلَبُ الوَديعةُ مِن المُستودَعِ ليسَ له أنْ يَمتنِعَ عن تَسليمِها في الحالِ قائلًا: «حينَما سلَّمتَني كانَ ذلك بحُضورِ شاهِدينِ وأنا أيضًا أُسلِّمكَ بحضورِ شاهِدينِ»؛ لأنَّ المُستودَعَ مُصدَّقٌ باليَمينِ بمُوجَبِ المادةِ وغيرَ مُحتاجٍ لإثباتِ الردِّ بالشُّهودِ، وعليه فلا حَقَّ له بالتَّأخيرِ بحُجةِ الإشهادِ (البَاجوريّ). إنما عَقدُ الإيداعِ يَكونُ لازمًا في مَسألةٍ واحدةٍ، وهي: إذا كانَ الحِفظُ في مُقابلةِ أُجرةٍ، فحيثُ إنَّ عَقدَ الوَديعةِ هذا عَقدُ حفظٍ وفيه المُستودَعُ أَجيرٌ مُشترَكٌ فيَصيرُ العَقدُ المَذكورُ



عَقدَ إِجارةٍ، وليسَ لأحدِ الطَّرفينِ أنْ يَفسخَه قبلَ تَمامِ المدَّةِ، كما هو مَذكورٌ في كتابِ الإجارةِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: ولكلٍّ مِن المُودِعِ والمُودَعِ تَركُ الوَديعةِ؛ لأنَّها مِن حيثُ ذاتُها مُباحةٌ للفاعلِ والقابلِ، فلربِّها أنْ يَأخذَها متىٰ شاءَ، وللمُودَعِ أنْ يَردَّها لربِّها متىٰ شاءَ، إلا لعارضٍ فيَحرمُ، وقد يَجبُ، وإلا أنْ يَكونَ الآخذُ بأُجرةٍ فإنها تَعودُ إجارةً وهي لَازمةٌ[2].

وقالَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ: إذا عزَلَ المُودَعُ نفسَه في غَيبةِ المُودِعِ انعزَلَ **في أَصحِّ الوَجهين**؛ لأنَّها عَقدٌ، وتَبقىٰ الوَديعةُ أَمانةً شَرعيَّةً في يدِه كثَوبِ الغيرِ الذي طيَّرَه الرِّيحُ إلىٰ دارِه، فيَجبُ عليه الرَّدُّ عندَ التَّمكُّنِ وإنْ لم يَطلُبْ صاحبُه على الأَصحِّ، فإنْ لمْ يَفعلْ ضمِنَ.

والثاني: أنَّها أَمانةٌ، فلا يَضمَنُ إلا عندَ التَّقصيرِ[3].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ بطَلَ حُكمُ الوَديعةِ بقِيَ المالُ في يدِه أَمانةً، فإنْ تلِفَ قبلَ التَّمكُّنِ مِن ردِّه فهدَرٌ، وإنْ تلِفَ بعدَه فوَجهانِ[4].

---

(1) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 228).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 281)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 119)، و«الشرح الكبير» (5/ 140).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 577)، و«أسنىٰ المطالب» (3/ 75)، و«الأشباه والنظائر للسبكي» (1/ 381).

(4) «الإنصاف» (6/ 316)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 233)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 148).

وذهَبَ الشافِعيةُ في وجهٍ والقاضِي مِن الحَنابِلةِ إلىٰ أنَّ الوَديعةَ لا تَنفسِخُ بالقولِ مِن المُستودَعِ.

قالَ الشافِعيةُ في هذا الوجهِ: إذا عزَلَ المُستودَعُ نفسَه فلا يَنعزِلُ؛ لأنَّ ابتِداءَه بالفعلِ، فكذا رَفعُه، كما لو أذِنَ للضَّيفانِ في أكلِ طَعامِه فقالَ بعضُهم: «عزَلتُ نفسِي»، يَلغو قولُه، وله الأكلُ بالإذنِ السابقِ، فعلىٰ هذا تَبقىٰ الوَديعةُ بحالِها[1].

وقالَ القاضِي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الوَديعةُ لا يَلحقُها الفَسخُ بالقَولِ، وإنما تَنفسِخُ بالردِّ إلىٰ صاحبِها، أو بأنْ يَتعدَّىٰ المُودَعُ فيها[2].

الوَديعةُ إذا كانَت بأُجرةٍ:

نصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ علىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا كانَت بأُجرةٍ فإنَّها تُصبحُ لَازمةً وتَكونُ إجارةً، والإجارةُ لَازمةٌ، ولا يَجوزُ للمُستودَعِ ردُّ الوَديعةِ إلا برِضا المالكِ؛ لأنَّ الإجارةَ عَقدٌ لازمٌ لا يَجوزُ فسخُه إلا برِضا الطَّرفينِ.

قال الحَنفيةُ: عَقدُ الإيداعِ يَكونُ لازمًا في مَسألةٍ واحدةٍ، وهي: إذا كانَ الحِفظُ في مُقابلةِ أُجرةٍ، فحيثُ إنَّ عقدَ الوَديعةِ هذا عَقدُ حِفظٍ وفيه المُستودَعُ أَجيرٌ مُشتَرَكٌ فيَصيرُ العَقدُ المَذكورُ عَقدَ إجارةٍ، وليسَ لأَحدِ

(1) «روضة الطالبين» (4/ 577)، و«الأشباه والنظائر للسبكي» (1/ 381).

(2) «الإنصاف» (6/ 316).

الطَّرفينِ أنْ يَفسخه قبلَ تَمامِ المدَّةِ كما هو مَذكورٌ في كِتابِ الإِجارةِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: ولكلٍّ مِن المُودِعِ والمُودَعِ تَركُ الوَديعةِ، إلا أنْ يَكونَ الآخذُ بأُجرةٍ، فإنها تَعودُ إِجارةً وهي لَازمةٌ[2].

قالَ البُجَيرِميُّ: قولُه: (مُتبرِّعٌ بالحِفظِ) قَضيتُه أنَّه لو كانَ -أيْ الوَديعةُ- بأُجرةٍ لزِمَت[3].

ثانيًا: عَقدُ الوَديعةِ عَقدُ تَبرُّعٍ وليس مُعاوضةً:

نصَّ فُقهاءُ المَذاهِبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ الوَديعةَ مِن عُقودِ التَّبرعاتِ التي تَقومُ علىٰ الرِّفقِ والمَعونةِ بينَ الناسَ، فلا يَأخذُ المُودَعُ أُجرةً علىٰ مُجردِ الحِفظِ إذا لَمْ يَشترطْه، أو كانَت عَادتُه أنْ لا يَأخذَ عِوضًا عليها؛ لأنَّ العادةَ جَرت بذلك، فكأنهما دخَلا علىٰ إسقاطِها.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا فيما لو اشترَطَ أَخذَ الأُجرةِ علىٰ حِفظِها، هل يَصحُّ أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّه يَصحُّ اشتِراطُ أَخذِ الأُجرةِ علىٰ حِفظِ الوَديعةِ.

(1) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 228).
(2) «التاج والإكليل» (4/ 281)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 119)، و«تحبير المختصر» (4/ 364).
(3) «تحفة الحبيب علىٰ شرح الخطيب» (3/ 689).

قالَ الحَنفيةُ: المُودِعُ إذا شرَطَ الأُجرةَ للمُودعِ علىٰ حِفظِ الوَديعةِ صحَّ ولزِمَ عليه[1].

وجاءَ في «مَجلَّة الأَحكامِ العَدليةِ»: «ليسَ للمُستودَعِ أنْ يَأخذَ أُجرةً علىٰ حِفظِ الوَديعةِ، ما لَمْ يَشترطْ ذلك في العَقدِ».

وجاءَ في «دُرر الحُكامِ»: للمُستودَعِ أنْ يَأخذَ أُجرةً مُقابلَ حِفظِ الوَديعةِ؛ لأنَّ حِفظَ الوَديعةِ ليسَ بلازمٍ علىٰ المُستودَعِ[2].

وقالَ المالِكيةُ: ليسَ للمُودَعِ أنْ يَأخذَ مِن ربِّ الوَديعةِ أُجرةَ حِفظِها؛ لأنَّ العادةَ قاضيةٌ بذلك؛ لأنَّ الحِفظَ مِن نَوعِ الجاهِ، وهو لا يُؤخذُ عليه أُجرةٌ كالقَرضِ والضَّمانِ، إلا أنْ يَكونَ مثلُه ممن يُكري نفسَه للحِراسةِ، فله أنْ يَأخذَ الأُجرةَ، ومثلُه إذا جَرىٰ العُرفُ بذلك وأَولىٰ مِن اشتِراطِه.

بخِلافِ أُجرةِ مَحلِّها، فله أنْ يَأخذَ أُجرةَ ما شَغلَته مِن المَحلِّ -أيْ المَوضعِ الذي كانَت فيه مما يَشغلُ مَنزلَه- إذا طلَبَه ما لَمْ يَكنْ مِثلُه لا يَأخذُ، أو يَجرِ العُرفُ بذلك أو يَشترطَ عَدمَ الأَخذِ.

والمُعتمدُ أنَّه لا فَرقَ بينَ أُجرةِ المَحلِّ وأُجرةِ الحِفظِ في الحُكمِ، بل يُقالُ فيهما: إنْ شرَطَ الأَخذَ أو كانَ العُرفُ عُملَ به، وإلا فلا[3].

---

(1) «الفتاوىٰ الهندية» (4/ 342).

(2) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 108)، ويُنْظَر: «مرشد الحيران» (3/ 1209).

(3) «التاج والإكليل» (4/ 280، 281)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 119)، و«الشرح =

وأما الشافِعيةُ فأجازوا أَخذَ الأُجرةِ علىٰ حِفظِ الوَديعةِ، لكن في حالةِ ما كانَ قَبولُها واجِبًا علىٰ المُستودَعِ.

قالوا: مَن وثِقَ بنفسِه استُحبَّ له قَبولُ الوَديعةِ إذا لَمْ يَتعيَّنْ عليه، فإنْ لَمْ يَكنْ ثَمَّ غيرُه وجَبَ عليه كأداءِ الشَّهادةِ لكن بالأُجرةِ.

قالَ الخَطيبُ الشِّربينيُّ: قالَ الرافِعيُّ: وهو مَحمولٌ علىٰ أَصلِ القَبولِ كما بيَّنَه السَّرخسِيُّ، دونَ إتلافِ مَنفعتِه ومَنفعةِ حِرزِه في الحِفظِ بلا عِوضٍ، وقَضيتُه أنَّ له أنْ يَأخذَ أُجرةَ الحِفظِ كما يَأخذَ أُجرةَ الحِرزِ، ومَنعَه الفاروقِيُّ وابنُ أبي عَصرونَ؛ لأنَّه صارَ واجِبًا عليه، فأَشبَه سائِرَ الواجِباتِ، والمُعتمدُ الأَولُ كما هو ظاهِرُ كلامِ الأَصحابِ، وقد تُؤخذُ الأُجرةُ علىٰ الواجِبِ كما في سَقيِ اللَّبأِ[1] وكإنقاذِ الغَريقِ وتَعليمِ نحوِ الفاتحَةِ[2].

وأما الحَنابِلةُ فيَرونَ أنَّ الإِيداعَ إنما يَكونُ تَبرعًا بغَيرِ عِوضٍ، **قالَ في «مُنتهى الإِراداتِ»:** الوَديعةُ: المالُ المَدفوعُ إلىٰ مَن يَحفظُه بلا عِوضٍ.

والإيداعُ: تَوكيلٌ في حِفظِه تَبرعًا، والاستِيداعُ: تَوكيلٌ في حِفظِه كذلك -أي تَبرعًا- بغَيرِ تَصرُّفٍ فيه[3].

= الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 140)، و«تحبير المختصر» (4/ 363)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 177).

(1) «مغني المحتاج» (4/ 132).

(2) «تحفة المحتاج» (8/ 203)، و«نهاية المحتاج» (6/ 128).

(3) «منتهىٰ الإرادات» (4/ 233)، **ويُنْظَر:** «كشاف القناع» (4/ 203).

لكن قالَ الرُّحيبانِيُّ: الوَديعةُ شَرعًا (المالُ) أو المُختصُّ ككَلبِ الصيدِ (المَدفوعِ) مِن جائزِ التَّصرفِ (إلىٰ مَن) أي: إلىٰ إنسانٍ جَائزِ التَّصرفِ (يَحفظُه)، فخرَجَ بقَيدِ المالِ أو المُختصِّ الكَلبُ الذي لا يُقتنىٰ والخَمرُ ونحوُهما مما لا يُحترمُ، وبقَيدِ المَدفوعِ ما أَلقته الرِّيحُ إلىٰ دارٍ مِن نحوِ ثَوبٍ، وما أخَذَه بالتَّعدي، وبقَيدِ الحِفظِ العارِيةُ ونحوُها.

(ويَتجهُ) حِفظُ المالِ المُودَعِ (ولو بعِوَضٍ) يُؤخذُ علىٰ حِفظِه، وعليه يَدخلُ الأَجيرُ لحِفظِ المالِ (خِلافًا للمُنتهىٰ) فإنَّه قالَ: الوَديعةُ المالُ المَدفوعُ إلىٰ مَن يَحفظُه بلا عِوضٍ.

وقالَ في «الإنصاف» نَقلًا عن «الفائِق»: الوَديعةُ عِبارةٌ عن تَوكُّلٍ لحِفظِ مالِ غَيرِه، ونقَلَ عن «الرِّعاية الصُّغرىٰ» أنَّها عَقدُ تَبرعٍ بحِفظِ مالِ غَيرِه، ولَمْ أرَ لغَيرِه هذا الاتِّجاهَ ولا ما يُؤدِّي مَعناه.

(والإِيداعُ: التَّوكيلُ) مِن ربِّ المالِ (في حِفظِه) حالَ كَونِ الحِفظِ (تَبرعًا) مِن الحافِظِ، (والاستيداعُ: التَّوكُّلُ) مِن إنسانٍ (في حِفظِه) -أي: حِفظِ مالِ غيرِه- (كذلك) -أي: تَبرعًا- (بغَيرِ تَصرُّفٍ) في المالِ المَحفوظِ؛ لعَدمِ الإذنِ في التَّصرُّفِ بغَيرِ الحِفظِ[1].

فالخِلافُ عندَ الحَنابلةِ هل لو أخَذَ عِوضًا علىٰ حِفظِ الوَديعةِ يَكونُ مُودَعًا أم أَجيرًا؟

---

(1) «مطالب أولي النهىٰ» (4/ 147، 148).



ثالثًا: عقدُ الوديعةِ عقدُ أمانةٍ:

اتَّفق فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعـةِ علىٰ أنَّ عَقدَ الوَديعـةِ عَقدُ أَمانـةٍ، فإذا تلِفَـت بغَيـرِ تَفـريطٍ مِـن المُـودَعِ فلـيسَ عليـه ضَـمانٌ وإنْ تلِفَـت مِـن بـينِ مالِـه؛ لأنَّ اللهَ تَعـالىٰ سَـمَّاها أَمانـةً، والضَّـمانُ يُنـافِي الأَمانـةَ، ولِمَـا رُوِيَ عـن النَّبـيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّـه قـالَ: «مَـن أُودِعَ وَديعـةً فـلا ضَـمانَ عليـه»[1]، قـالَ الشِّـيرازيُّ: وهـو إجمـاعُ فُقهـاءِ الأَمصـارِ[2]، ولأنَّ المُسـتودَعَ مُـؤتمَنٌ فلا يَضمنُ ما تلِفَ مِن غَيرِ تَعدِّيه وتَفريطِه، ولأنَّ المُستودَعَ إنما يَحفظُها لصاحِبِها مُتبرعًا مِن غَيرِ نَفعٍ يَرجعُ عليه، فلو لزِمَه الضَّـمانُ لامتنَعَ النـاسُ مِن قَبولِ الوَدائعِ فتَتعطلُ مَصالحُهم وذلك مُضرٌّ، ولأنَّ تَضمينَ الوَديعةِ بغَيرِ عُـدوانٍ يُخرِجُها عـن حُكـمِ التَّعـاونِ وعُقـودِ الإِرفـاقِ، ولأنَّ يـدَه يـدَ المالِكِ فالهَلاكُ في يدِه كـالهلاكِ في يـدِ المالِـكِ، وكـذلك إذا دخَلَهـا نَقـصٌ؛ لأنَّ النُّقصانَ هَلاكُ بعضِ الوَديعةِ، وهَلاكُ الكلِّ لا يُوجِـبُ الضَّـمانَ فهَـلاكُ البَعضِ أَولىٰ.

وقالَ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعَ أَكثرُ أَهـلِ العِلـمِ علـىٰ أنَّ المُـودَعَ إذا أحرَزَ الوَديعةَ، ثم تلِفَت مِن غيرِ جنايتِه، أنْ لا ضَمانَ عليه[3].

---

(1) حَدِيثٌ حَسَنٌ: رواه ابن ماجه (2401).

(2) «المهذب» (1/ 359).

(3) «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (6/ 331).

وقالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اتَّفقُوا علىٰ أنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ مَحضةٌ، وأنَّها مِن القُربِ المَندوبِ إليها، وأنَّ في حِفظِها ثَوابًا، وأنَّ الضَّمانَ لا يَجبُ علىٰ المُودَعِ إلا بالتَّعدِّي[1].

فأما إنْ تَعدَّىٰ المُستودَعُ فيها أو فرَّطَ في حِفظِها فتلِفَت ضمِنَ بغَيرِ خِلافٍ بينَ العُلماءِ؛ لأنَّه مُتلِفٌ لمالِ غَيرِه فضمِنَه، كما لو أتلَفَه مِن غَيرِ استِيداعٍ.

إذا تلِفت الوَديعةُ من بينِ مالِه:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الوَديعةِ إذا تلِفَت أو سُرقَت أو ضاعَت مِن بينِ مالِ المُودَعِ دونَ أنْ يَتأثَّرَ مالُه بذلك، هل يَضمنُها أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ الوَديعةَ أمانةٌ مُطلقًا، ولا يَضمنُها المُودَعُ إلا إذا تَعدَّىٰ أو فرَّطَ، فإذا تلِفَت الوَديعةُ أو سُرقَت بلا تَعدٍّ منه ولا تَفريطٍ ولو مِن بينِ مالِه ولَمْ يَتأثَّرْ مالُه بذلك فلا ضمانَ عليه، ولأنَّ الأصلَ في حِفظِ الوَديعةِ أنَّه مَعروفٌ وإحسانٌ مِن الوَديعِ، فلو ضمَّنَّاه الوَديعةَ مِن غيرِ تَعدٍّ ولا عُدوانٍ منه لَزهِدَ النَّاسُ في قَبولِها ورغِبوا عنها ولَتعطَّلَت مَصالحُهم.

(1) «الإفصاح» (2/ 5)، ويُنظَر: «بدائع الصنائع» (6/ 210، 211)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 149)، و«اللباب» (1/ 643)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 120، 121)، و«الحاوي الكبير» (8/ 356)، و«المهذب» (1/ 359)، و«البيان» (6/ 476)، و«مغني المحتاج» (4/ 135)، و«المغني» (6/ 300)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 233).



وأما ما رُوِيَ عن عُمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنَّه ضمَّنَ أنسَ بنَ مالكٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ وَديعةً تلِفَت مِن بينِ مالِه فهو مَحمولٌ علىٰ حالةِ التَّعدِي أو التَّفريطِ[1].

وذهَبَ الإمامُ أحمدُ في روايةٍ اختارَها شيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُٱللَّهُ إلىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا تلِفَت أو سُرقَت دونَ أنْ يَتأثَّرَ مالُ المُودَعِ بذلك أنَّه ضامنٌ لها.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: إنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ، فإذا تلِفَت بغَيرِ تَفريطٍ مِن المُودَعِ فليسَ عليه ضَمانٌ، سَواءٌ ذهَبَ معها شيءٌ مِن مالِ المُودَعِ أو لم يَذهبْ، هذا قَولُ أكثرِ أَهلِ العِلمِ، رُوِيَ ذلك عن أبي بَكرٍ وعليٍّ وابنِ مَسعودٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ، وبه قالَ شُريحٌ والنَّخَعيُّ ومالكٌ وأَبو الزِّنادِ والثَّوريُّ والأَوزاعيُّ والشَّافعيُّ وأَصحابُ الرأيِ، وعن أَحمدَ رِوايةٌ أُخرىٰ: إنْ ذهَبَت الوَديعةُ مِن بينِ مالِه غرِمَها؛ لمَا رُوِيَ عن عُمرَ بنِ الخَطابِ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أنَّه ضمَّنَ أنسَ بنَ مالكٍ وَديعةً ذهَبَت مِن بينِ مالِه[2].

قالَ القاضِي: والأَولُ أَصحُّ؛ لأنَّ اللهَ تَعالىٰ سمَّاها أَمانةً، والضَّمانُ يُنافي الأَمانةَ، ولأنَّ المُستودَعَ مُؤتمَنٌ فلا يَضمنُ ما تلِفَ مِن غيرِ تَعدِّيه وتَفريطِه

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 210، 211)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 149)، و«اللباب» (1/ 643)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 120، 121)، و«الحاوي الكبير» (8/ 356)، و«المهذب» (1/ 359)، و«البيان» (6/ 476)، و«النجم الوهاج» (6/ 348)، و«مغني المحتاج» (4/ 135)، و«المغني» (6/ 300)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 233)، و«الإفصاح» (2/ 5).

(2) **صَحِيحٌ:** رواه علي بن الجعد في «مسنده» (972)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (12702).

كالذي ذهَبَ مع مالِه؛ ولأنَّ المُستودَعَ إنما يَحفظُها لِصاحبِها مُتبرعًا مِن غيرِ نفعٍ يَرجعُ عليه، فلو لزِمَه الضَّمانُ لَامتنعَ الناسُ مِن قَبولِ الوَدائعِ، وذلك مُضرٌّ لمَا بيَّنَّاه مِن الحاجةِ إليها، وما رُويَ عن عُمرَ مَحمولٌ علىٰ التَّفريطِ مِن أَنسٍ في حِفظِها، فلا يُنافي ما ذَكرناه، فأما إنْ تَعدَّىٰ المُستودَعَ فيها أو فرَّطَ في حِفظِها فتلِفَت؛ ضمِنَ بغَيرِ خِلافٍ نعلَمُه؛ لأنَّه مُتلِفٌ لِمالِ غَيرٍ فضمِنَه، كما لو أَتلفَه مِن غَيرِ استِيداعٍ[1].

وقالَ الإمامُ المِرداوِيُّ في «الإنصاف»: وإنْ تلِفَت -أي الوَديعةُ- مِن بينِ مالِه لَمْ يَضمَنْ في أَصحِّ الرِّوايتينِ، يَعني إذا لَمْ يَتعدَّ، وهو المَذهبُ وعليه أَكثرُ الأَصحابِ.

قالَ الحارِثيُّ: هذا اختيارُ أَكثرِ الأَصحابِ، وصرَّحَ المُصنِّفُ في آخَرينَ أنَّه أَصحُّ.

قالَ القاضِي: هذا أَصحُّ.

قالَ الزَّركشِيُّ: هذا المَذهبُ، قالَ في «الكافي»: هذا أَظهرُ الرِّوايتينِ، وجزَمَ به في «الوَجيز» وغَيرِه، وقدَّمَه في «المُغني» و«الشَّرح» و«شَرح ابنِ مُنجَّا» والحارِثيُّ وغيرُهم.

والرِّوايةُ الثَّانيةُ: يَضمنُ، نصَّ عليها واختارَها شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ.

قالَ الزَّركشيُّ: يَنبَغي أنْ يَكونَ مَحلُّ الرِّوايةِ إذا ادَّعىٰ التَّلفَ، أما إنْ ثبَتَ التَّلفُ فإنَّه يَنبغي انتفاءُ الضَّمانِ رِوايةً واحدَةً.

(1) «المغني» (6/ 300، 301)، و«كشاف القناع» (4/ 204).

فائدةٌ: لو تلِفَت معَ مالِه مِن غيرِ تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليه بلا نِزاعٍ في المَذهبِ، وقد تَواترَ النصُّ عن الإمامِ أَحمدَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بذلك.

وإنْ تلِفَت بتَعدِّيه وتَفريطِه ضمِنَ بلا خِلافٍ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ رجَبٍ الحَنبليُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا تلِفَت الوَديعةُ مِن بينِ مالِه ففي ضَمانِه خِلافٌ، فمِن الأَصحابِ مَن يَبنيه علىٰ أنَّ قَولَه هل يُقبَلُ في ذلك أم لا؟ ومنهم مَن يَقولُ تَلفُها مِن بينِ مالِه أَمارةٌ علىٰ تَفريطِه فيها[2].

قالَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ظهَرَ أنَّ المالَ الذي للمُودَعِ لم يَذهبْ فادَّعىٰ أنَّ الوَديعةَ ذهَبَت دونَ مالِه فهنا يَكونُ ضامِنًا للوَديعةِ في أحَدِ قَولَي العُلماءِ، كقَولِ مالكٍ وأَحمدَ في إِحدىٰ الرِّوايتينِ، فإنَّ عُمرَ بنَ الخَطابِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ ضمَّنَ أَنسَ بنَ مالكٍ وَديعةً ادَّعىٰ أنَّها ذهَبَت دونَ مالِه[3].

اشتِراطُ الضَّمانِ على المُودَعِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا شرَطَ الضَّمانَ علىٰ المُودَعِ فقبَلَ المودَعُ أو قالَ المُودَعُ: «أنا ضامِنٌ للوَديعةِ إنْ تلِفَت ولو بغَيرِ تَعدٍّ مني ولا تَفريطٍ»، فسُرقَت أو تلِفَت مِن غَيرِ تَعدِّيه أو تَفريطِه في المُحافظةِ عليها أنَّه لا ضَمانَ عليه، وأنَّ

---

(1) «الإنصاف» (6/ 316، 317)، ويُنْظَر: «الروض المربع» (2/ 416)، و«الكافي» (2/ 374)، و«المبدع» (5/ 234).

(2) «القواعد» ص(65).

(3) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 396).



الشَّرطَ باطِلٌ ولا أثَرَ له؛ لأنَّ ضَمانَ الأَماناتِ غَيرُ صَحيحٍ، وذلك لأنَّ اشتِراطَ الضَّمانِ علىٰ الأَمينِ باطِلٌ؛ لأنَّ جَعلَ ما أَصلُه أَمانةٌ مَضمونًا بالشَّرطِ باطِلٌ كمالِ المُضاربةِ والشَّركةِ والوَكالةِ، ولأنَّه شَرطُ ما لَمْ يُوجدْ سَببُ ضَمانِه فلمْ يَلزمْه، كما لو شرَطَ ضَمانَ ما يَتلفُ في يدِ مالِكِه، ولأنَّ شَرطَ ضَمانِها يُخرِجُها عن حَقيقتِها ويُخالفُ ما يُوجبُه الحُكمِ.

وكذلك الحُكمُ إذا اشترَطَ نفيَ ضَمانِها إذا تَعدَّىٰ أو فرَّطَ، أنَّه لا يَنتفي عنه الضَّمانُ، وتَصيرُ مَضمونةً عليه؛ لأنَّ ما لا يَجبُ ضَمانُه لا يَصيِّرُه الشَّرطُ مَضمونًا، وما يَجبُ ضَمانُه لا يَنتفي ضَمانُه بشَرطِ نَفيِه.

قالَ الإمامُ ابنُ هُبيرة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفقوا علىٰ أنَّه إذا أودَعَه علىٰ شَرطِ الضَّمانِ فإنَّه لا يَضمنُ، والشَّرطُ باطِلٌ[1].

وقالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أودَعَه وشرَطَ الضَّمانَ لم يَضمنْ، خِلافًا للعَنبريِّ؛ لأنَّ جعْلَ ما أَصلُه أَمانةٌ لا يَصيرُ مَضمونًا بالشَّرطِ، كالشَّركةِ والوَكالاتِ[2].

وقالَ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإنْ شرَطَ المُودِعُ الضَّمانَ علىٰ المُودَعِ لَمْ يَجبْ عليه الضَّمانُ بذلك، وهو قَولُ العُلماءِ كافةً، إلا عُبيدَ اللهِ بنَ الحَسنِ العَنبريِّ، فإنَّه قالَ: عليه الضَّمانُ، وهذا غَيرُ صَحيحٍ لمَا ذكَرْناه مِن الخَبرِ،

(1) «الإفصاح» (2/ 10).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 115، 116)، رقم (973).



فلمْ يُفرِّقْ بينَ أنْ يَشترطَ الضَّمانَ أو لا يَشترطَ، ولأنَّ ما كانَ أَصلُه الأَمانةُ لَمْ يَصِرْ مَضمونًا بالشَّرطِ، كالمَضمونِ لا يَصيرُ أَمانةً بالشَّرطِ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا شرَطَ ربُّ الوَديعةِ علىٰ المُستودَعِ ضَمانَ الوَديعةِ فقبِلَه أو قالَ أنا ضامِنٌ لها لَمْ يَضمنْ، قالَ أَحمدُ في المُودَعِ إذا قالَ أنا ضامِنٌ لها فسُرقَت فلا شيءَ عليه، وكذلك كلُّ ما أَصلُه الأَمانةُ كالمُضاربَةِ ومالِ الشَّركةِ والرَّهنِ والوَكالةِ، وبهذا قالَ الثَّوريُّ والشافِعيُّ وإسحاقُ وابنُ المُنذرِ، وذلك لأنَّه شرَطَ ضَمانَ ما لم يُوجدْ سَببُ ضَمانِه فلمْ يَلزمْه، كما لو شرَطَ ضَمانَ ما يَتلفُ في يدِ مالِكِه[2].

أَخذُ الأُجرةِ على الوَديعةِ:

كما تقدمَ أنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ في يدِ المُودَعِ **باتِّفاقِ الفُقهاءِ** إذا كانَت مِن غَيرِ عِوضٍ، إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا فيما لو كانَت بأُجرةٍ مُقابِلَ الحِفظِ، هل تَصيرُ مَضمونةً أم تَظلُّ أَمانةً كما هي؟

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّه لا فرقَ في الوَديعةِ بينَ أنْ تَكونَ بأَجرٍ أو بغَيرِ أَجرٍ، فهي أَمانةٌ مُطلَقًا، سَواءٌ كانَت بأَجرٍ أو بغَيرِ أَجرٍ؛ حيثُ إنَّ

(1) «البيان» (6/ 476، 477).

(2) «المغني» (6/ 300، 301)، ويُنْظَر: «البحر الرائق» (7/ 274)، و«مجمع الضمانات» (1/ 163)، و«ابن عابدين» (8/ 331)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 115، 116)، و«شرح الزرقاني» (6/ 117)، و«النجم الوهاج» (6/ 348)، و«كشاف القناع» (4/ 205).

أَخذَ الأُجرةِ علىٰ الوَديعةِ لا يُغيِّرُ شَيئًا مِن أَحكامِ الأَمانةِ أو الضَّمانِ فيها كالوَكالةِ، فعليه لا يَضمنُ المُودَعُ الوَديعةَ إذا تلِفَت أو ضاعَت مِن غيرِ تَعدٍّ ولا تَفريطٍ مُطلَقًا، سَواءٌ كانَت بأَجرٍ أو بغَيرِ أَجرٍ، وسواءٌ كانَت مما يُمكنُ التَّحرُّزُ عنه أم لا[1].

وأما الحَنفيةُ فيُفرِّقُونَ في الضَّمانِ بينَ ما إذا كانَت الوَديعةُ بأَجرٍ أو بغَيرِ أَجرٍ فقالُوا: الوَديعةُ أَمانةٌ في يدِ الوَديعِ، بِناءً عليه إذا هلَكَت بلا تَعدٍّ مِن المُستودَعِ وبدونِ صُنعِه وتَقصيرِه في الحِفظِ فلا يَلزمُ الضَّمانُ، إلا أنَّه إذا كانَ الإِيداعُ بأُجرةٍ علىٰ حِفظِ الوَديعةِ فهلَكَت أو ضاعَت بسَببٍ يُمكنُ التَّحرزُ منه لزِمَ المُستودَعَ ضَمانُها، مثلًا لو وقَعَت السَّاعةُ المُودعَةُ مِن يدِ الوَديعِ بلا صُنعِه فانكَسرَت لا يَلزمُ الضَّمانُ، أما لو وُطئَت السَّاعةُ بالرِّجلِ أو وقَعَ مِن اليدِ عليها شيءٌ فانكَسرَت لزِمَ الضمانُ، كذلك إذا أَودَعَ رَجلٌ مالَه عندَ آخرَ وأَعطاه أُجرةً علىٰ حِفظِه فضاعَ المالُ بسَببٍ يُمكنُ التَّحرزُ منه كالسَّرقةِ والغَصبِ فيَلزمُ المُستودَعَ الضَّمانُ، وأما إنْ حصَلَ التَّلفُ أو الهَلاكُ بسَببٍ لا يُمكنُ التَّحرزُ منه كحَريقٍ غالبٍ فإنَّ المُودَعَ لا يَضمنُ، سَواءٌ كانَت الوَديعةُ بأُجرةٍ أو بغَيرِ أُجرةٍ، **هكذا جاءَ في «مَجلةِ الأَحكامِ العَدليةِ» علىٰ المَذهبِ الحَنفيِّ**[2].

---

(1) «شرح ميارة» (2/ 327)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 469، 470)، و«الثمر الداني» (1/ 526)، و«مغني المحتاج» (4/ 135)، و«تحفة المحتاج» (8/ 312)، و«نهاية المحتاج» (6/ 132)، و«الديباج» (3/ 110).

(2) يُنظَر: «مرشد الحيران» (3/ 1214)، و«مجلة الأحكام» ص(148).



وإنْ كانَ ظاهِرُ كَلامِ ابنِ نُجيمٍ وكذا البَغدَاديُّ وابـنُ عابـدِينَ الضَّـمانُ مُطلقًا.

قـالَ ابـنُ نُجـيـمٍ: الوَديعـةُ أَمانـةٌ، إلا إذا كانَـت بـأَجرٍ فمَضـمونةٌ، ذكَـرَه الزَّيلعيُّ[1].

وقالَ ابنُ عابدِين بعدَما نقَلَ هـذا القَـولَ: وعلَّلُوه بـأنَّ الحِفـظَ حينَئـذٍ مُستحَقٌّ عليه كما قدَّمْنا، فأَفـادَ أنَّ الأُجـرةَ تُخرِجُ الوَديعـةَ عـن كَونِهـا أَمانـةً إلىٰ الضَّمانِ.

وفي صَدرِ الشَّريعَةِ إذا سُرقَ مِن الأَجيرِ المُشترِكِ والحالُّ أنَّه لـمْ يُقصِّـرْ في المُحافظَةِ يَضمنُ عندَهما، كما في الوَديعةِ التي تَكونُ بـأَجرٍ، فـإنَّ الحِفـظَ مُستحَقٌّ عليه، وأَبو حَنيفةَ يَقولُ: الأُجرةُ في مُقابلَةِ العَملِ دونَ الحِفظِ، فصارَ كالوَديعةِ بلا أَجرٍ. اهـ.

فأَفادَ أنَّ الوَديعةَ بأَجرٍ مَضمونةٌ اتِّفاقًا، وبلا أَجرٍ غَيرُ مَضمونةٍ اتِّفاقًا[2].

قَبولُ قَولِ المُودَعِ في هَلاكِ الوَديعةِ أو تَلَفِها:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُودَعَ أَمينٌ، وعليه فإنَّ المُودَعَ إذا ادَّعىٰ تَلفَ الوَديعةِ أو هَلاكَها بأَمرٍ خَفيٍّ فإنَّـه مُصـدَّق، وأنَّ القـولَ قولُـه بلا خِلافٍ.

(1) «الأشباه والنظائر» (1/ 276)، و«مجمع الضمانات» (1/ 191).

(2) «حاشية ابن عابدين» (8/ 334).

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَجمعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أَهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا أَحرزَ الوَديعةَ ثُم ذكَرَ أنَّها ضاعَت أنَّ القولَ قولُه، وقالَ أَكثرُهم: إنَّ القولَ قَولُه معَ يمينِه[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المُودَعُ أَمينٌ والقَولُ قَولُه فيما يَدَّعيه مِن تَلفِ الوَديعةِ بغَيرِ خِلافٍ[2].

وقالَ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اتَّفقُوا علىٰ أنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ مَحضةٌ وأنَّها مِن القُربِ المَندوبِ إليها، وأنَّ في حِفظِها ثَوابًا، وأنَّ الضَّمانَ لا يَجبُ علىٰ المُودَعِ إلا بالتَّعدي، وأنَّ القَولَ قَولُ المُودَعِ في التَّلفِ والرَّدِّ علىٰ الإطلاقِ معَ يَمينِه[3].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو ادَّعىٰ المُودَعُ أنَّ الوَديعَة هلَكَت بأَمرٍ ظاهِرٍ، هل يُقبلُ قَولُه معَ يَمينِه بغَيرِ بَينةٍ أم لا بدَّ مِن بَينةٍ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّه يُقبلُ قَولُه مُطلقًا إلا أنَّ يُتَّهمَ فيَحلفُ.

قالَ الحَنفيةُ: إذا ادَّعىٰ المُودَعُ هَلاكَ الوَديعةِ وأنكَرَه المالِكُ فالقَولُ قَولُ المُودَعِ؛ لأنَّ المالِكَ يَدَّعي علىٰ الأَمينِ أَمرًا عارِضًا -وهو التَّعدي- والمُودَعُ مُستصحِبٌ لحالِ الأَمانةِ، فكانَ مُتمسِّكًا بالأَصلِ، فكانَ القَولُ قَولَه لكنْ معَ اليَمينِ؛ لأنَّ التُّهمةَ قائِمةٌ فيَستحلِفُ دَفعًا للتُّهمةِ[4].

(1) «الإشراف» (6/ 333)، و«الإجماع» (560).
(2) «المغني» (6/ 308).
(3) «الإفصاح» (2/ 5).
(4) «تحفة الفقهاء» (3/ 182)، و«بدائع الصنائع» (6/ 211).



وقالَ المالِكيةُ: المُودَعُ أَمينٌ ومُصدَّقٌ فيما يَدَّعيه مِن تَلفِ الوَديعةِ، والقَولُ قَولُه أبدًا وإنْ لمْ يَأتِ بما يَستدلُّ عليه؛ لأنَّه مَأمونٌ علىٰ حِفظِها علىٰ كلِّ حالٍ، فيُصدَّقُ في الضَّياعِ والتَّلفِ الذي ائتمَنَه عليه، إلا أنْ يُتهمَ فيَحلفُ، فإنْ نكَلَ ضمِنَ ولا تُردُّ اليَمينُ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه إذا ادَّعىٰ التَّلفَ بأمرٍ ظاهِرٍ كحَريقٍ ونَهبٍ فلا يُقبلُ قَولُه إلا ببيِّنةٍ علىٰ تَفصيلٍ عندَهم.

قالَ الشافِعيةُ: لو ادَّعىٰ الوَديعُ تَلفَ الوَديعةِ ولَمْ يَذكرْ له سببًا أو ذكَرَ له سببًا خَفيًّا كسَرقةٍ صُدِّق في ذلك بيَمينِه بالإجماعِ، ولا يَلزمُه بَيانُ السَّببِ في الأُولىٰ، نَعم يَلزمُه أنْ يَحلفَ له أنَّها تلِفَت بغَيرِ تَفريطٍ منه، ولو نكَلَ عن اليَمينِ علىٰ السَّببِ الخَفيِّ حلفَ المالِكُ أنَّه لا يَعلمُه وغرَّمَه البَدلَ، ولا يُكلفُ الحلفَ أنَّها لَمْ تَتلفْ.

وإنْ ذكَرَ سببًا ظاهرًا كحَريقٍ ونَهبٍ ومَوتٍ فإنْ عُرفَ الحَريقُ وعُمومُه بالبَينةِ أو الاستِفاضةِ ولَمْ يَحتملْ سَلامةَ الوَديعةِ صُدِّقَ بلا يَمينٍ؛ لأنَّ ظاهرَ الحالِ يُغنيه عن اليَمينِ، ولاحتِمالِ ما يدَّعيه، أما إذا احتملَ سَلامتَها بأنْ عمَّ ظاهرًا لا يَقينًا فيَحلفُ لاحتِمالِ سَلامتِها.

فإنْ عُرفَ الحرَيقُ دونَ عُمومِه صُدِّقَ بيَمينِه لاحتِمالِ ما ادَّعاه.

---

(1) «الكافي» (404)، و«التاج والإكليل» (4/ 275)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 137)، و«تحبير المختصر» (4/ 358).

وإنْ جُهلَ ما ادَّعاه مِن السَّببِ الظاهرِ طُولِبَ ببيِّنَةٍ علىٰ وُقوعِه، ثُم يَحلِفُ علىٰ التَّلفِ به لاحتِمالِ أنَّها لَمْ تَتلفْ به، ولا يُكلفُ البيِّنةَ علىٰ التَّلفِ به؛ لأنَّه مما يَخفىٰ، فإنْ لَمْ تَقمْ بيِّنةٌ أو نكَلَ عن اليَمينِ حلفَ المالكُ علىٰ نفيِ العِلمِ بالتَّلفِ ورجَعَ عليه[1].

وقال الحَنابِلةُ: يُصدَّقُ المُودَعُ بيَمينِه في دَعوىٰ تَلفِ الوَديعةِ بسَببٍ خَفيٍّ كالسَّرقةِ لتَعذُّرِ إقامةِ البَينةِ علىٰ مِثلِ هذا السَّببِ، ولأنَّه لو لَمْ يُقبلْ قَولُه في ذلك لامتنَعَ النَّاسُ مِن قَبولِ الأَماناتِ معَ الحَاجةِ إلىٰ ذلك.

وكذا يُقبلُ قَولُه في دَعوىٰ تَلفِ الوَديعةِ بسَببٍ ظاهِرٍ كحَريقٍ وغَرقٍ ونَهبِ جَيشٍ إنْ ثبَتَ وُجودُه ببيِّنةٍ شهِدَت بوُجودِ ذلك السَّببِ في تلك الناحيةِ؛ قُبلَت دَعواه ثُم يَحلفُ معَ البَينةِ أنَّ الوَديعةَ تلِفَت بذلك السَّببِ، فإنْ عجَزَ عن إقامةِ البيِّنةِ بالسَّببِ الظاهِرِ ضمِنَ الوَديعةَ؛ لأنَّه لا تَتعذرُ إقامةُ البَينةِ به والأَصلُ عَدمُه، ويَكفي في ثُبوتِ السَّببِ الظَّاهرِ الاستِفاضةُ، فعلىٰ هذا إذا علِمَه القاضِي بالاستِفاضةِ قُبلَ قَولُ الوَديعِ بيَمينِه، ولَمْ يُكلَّفْ بيِّنةً تَشهدُ بالسَّببِ، فإذا ثبَتَ السَّببُ الظَّاهرُ بالبَينةِ أو الاستِفاضةِ فالقَولُ قَولُ المُودَعِ في التَّلفِ معَ يَمينِه، فيَحلفُ أنَّها ضاعَت به[2].

---

(1) المهذب» (1/ 362)، و«النجم الوهاج» (6/ 372، 373)، و«الإقناع» (2/ 380)، و«مغني المحتاج» (4/ 150)، و«تحفة المحتاج» (8/ 352، 353)، و«الديباج» (3/ 122).

(2) «كشاف القناع» (4/ 218)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 248، 249)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 165).



وقالَ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: سائِرُ مَن قُلنا «القَولُ قَولُه» إنما يُقبلُ قَولُه إذا لَمْ يُكذِّبْه شاهِدُ الحالِ، فإنْ كذَّبَه لَمْ يُقبلْ قَولُه، ولهذا يُكذبُ المُودَعُ والمُستأجِرُ إذا ادَّعيا أنَّ الوَديعةَ أو العَينَ المُستأجَرَةَ هلَكَت في الحَريقِ أو تحتَ الهَدمِ أو في نَهبِ العَيَّارينَ ونَحوِهم، لَمْ يُقبلْ قَولُهم إلا إذا تحقَّقْنا وُجودَ هذه الأسبابِ، فأما إذا علِمْنا انتِفاءَها فإنا نَجزمُ بكَذبِهم، ولا يُقبلُ قَولُهم[1].

(1) «الطرق الحكمية» ص(30).

أَركانُ عَقدِ الوَديعةِ:

أَركانُ عَقدِ الوَديعةِ عندَ الجُمهورِ المالِكيةِ والشافِعيةِ والحَنابِلةِ أَربعةٌ:

1- الصِّيغةُ **2-** المُودِعُ **3-** الوَديعُ **4-** الوَديعةُ: أي العَينُ المُودَعةُ.

وعندَ الحَنفيةِ رُكنُها هو الإيجابُ والقَبولُ فقط.

الرُّكنُ الأَولُ وشُروطُه: الصِّيغةُ:

الصِّيغةُ هي الإيجابُ مِن المُودِعِ والقَبولُ مِن المُودَعِ، مِثلُ أنْ يَقولَ لغيرِه: «أَودعتُك هذا الشَّيءَ»، أو «احفَظْ هذا المالَ»، أو «خذْ هذا المالَ وَديعةً عندَك»، وما يَجري مَجراه أو ما يُفيدُ مَعناه ويَقبلُه الآخرُ، فإذا وُجدَ ذلك فقد تمَّ عَقدُ الوَديعةِ، **وهذا مما لا خِلافَ فيه بينَ الفُقهاءِ.**

إلا أنَّ العُلماءِ اختلَفُوا هل يُشترطُ للصِيغةِ إِيجابٌ وقَبولٌ لفظًا أم يَكفي ما يَدلُّ علىٰ الإِيجابِ والقَبولِ ولو بالقَرائنِ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّه لا يُشترطُ اللَّفظُ في الصِّيغةِ، بل كلُّ ما يُفهمُ منه طلبُ الحفظِ ولو بقَرائنِ الأَحوالِ.

قالَ الحَنفيةُ: يَنعقدُ الإيداعُ بالإيجابِ والقَبولِ صَراحةً أو دِلالةً، مَثلًا إذا قالَ صاحِبُ الوَديعةِ: «أَودعتُكَ هذا الشَّيءَ» أو «جعَلْته أَمانةً عندَك» أو «احفظْ هذا الشَّيءَ» أو «خذْ هذا الشيءَ وَديعةً عندَك»، وما يَجري مَجراه، فقالَ المُستودَعُ: «قبِلْت»؛ انعقَدَ الإِيداعُ صَراحةً، وكذا لو دخَلَ شَخصٌ خانًا فقالَ لصاحِبِ الخانِ: «أينَ أَربطُ دابَّتي؟» فأراه مَحلًّا، فربَطَ الدَّابةَ فيه، انعقَدَ الإِيداعُ دِلالةً، وكذلك إذا وضَعَ رَجلٌ مالَه في دُكانٍ فرآه صاحِبُ الدُّكانِ

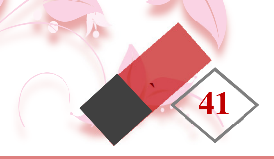
وسكَتَ، ثُم ترَكَ الرَّجلُ ذلك المالَ وانصَرفَ، صارَ ذلك المالُ عندَ صاحِبِ الدُّكانِ وَديعةً، وأما لو ردَّ صاحِبُ الدُّكانِ الإيداعَ بأنْ قالَ: «لا أَقبلُ»، فلا يَنعقدُ الإيداعُ حينَئذٍ، وكذا إذا وضَعَ رَجلٌ مالَه عندَ جَماعةٍ علىٰ سَبيلِ الوَديعةِ وانصَرفَ وهم يَرونَه وبَقُوا ساكِتينَ صارَ ذلك المالُ وَديعةً عندَ جَميعِهم، فإذا قاموا واحدًا بعدَ واحدٍ وانصَرَفوا مِن ذلك المَحلِّ فبما أنَّه يَتعيَّنُ حينَئذٍ الحِفظُ علىٰ مَن بقِيَ منهم آخرًا يَصيرُ المالُ وَديعةً عندَ الأَخيرِ فقط[1].

وقالَ المالِكيةُ: الصِّيغةُ هي كلُّ ما يُفهمُ منه طلَبُ الحِفظِ ولو بقَرائنِ الأَحوالِ، ولا يَتوقَّفُ علىٰ إيجابٍ وقَبولٍ باللَّفظِ، حتىٰ لو وضَعَ شَخصٌ مَتاعَه عندَ جالِسٍ رَشيدٍ بَصيرٍ ساكِتٍ وذهَبَ الواضِعُ لحاجَتِه، فإنَّه يَجبُ علىٰ المَوضوعِ عندَه المتاعُ حِفظُه بحَيثُ إنْ فرَّطَ في حِفظِه حتىٰ ضاعَ ضمِنَه؛ لأنَّ سُكوتَه رِضًا منه بالإيداعِ عندَه، وأما الأَعمىٰ فلا بدَّ أنْ يَضعَ يدَه عليها حتىٰ يَضمنَ[2].

وذهَبَ الشافِعيةُ إلىٰ أنَّه يُشترطُ في الإيداعِ الإيجابُ مِن المُودِعِ لَفظًا وعَدمُ الرَّدِ مِن جانبِ المُودَعِ.

قالَ الشافِعيةُ: لا تَنعقدُ الوَديعةُ إلا بالإيجابِ بالقَولِ مِن النَّاطقِ، وهي إما صَريحٌ: كـ«استَودَعْتك هذا» أو «أودَعْتُك» أو «هو وَديعةٌ عندَك» أو «استَحفظتُك» أو «أنبْتُك في حِفظِه» أو «احفَظْه».

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 207)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 224، 226).
(2) «حاشية العدوي علىٰ كفاية الطالب الرباني» (2/ 277).



وإما كِنايةٌ: وتَنعقدُ بها معَ النِّيةَ، كـ «خُذْه»، أو معَ القَرينةِ كـ «خُذْه» أَمانةً، أما الأَخرسُ فتكفي إِشارتُه المُفهمةُ، وعليه لا يَجبُ علىٰ حمَّاميٍّ حِفظُ ثِيابِ مَن لَمْ يَستحفظْه، فلا يَضمنُها إنْ ضاعَت وإنْ فرَّطَ في حِفظِها.

والأَصحُّ أنَّه لا يُشترطُ في الوَديعِ القَبولُ للوَديعةِ لَفظًا، ويَكفي معَ عَدمِ اللَّفظِ والردِّ منه القَبضُ لها ولو علىٰ التَّراخي كما في الوَكالةِ بل أَولىٰ، عَقارًا كانَت أو مَنقولًا، فإذا قبَضَها تمَّت الوَديعةُ، وإنما الشَّرطُ هو عَدمُ الردِّ لها، فإنْ لَمْ يُوجبِ المالِكُ له بل وضَعَ مالَه بينَ يَديهِ سَواءٌ أقالَ له قبلَ ذلك: «أُريدُ أنْ أودِعَك» أم لا، أو أوجَبَ له ووضَعَه بينَ يَديهِ وردَّ لَمْ يَصحَّ، فإنْ ذهَبَ وترَكَها لَمْ يَضمنْ وإنْ أثِمَ به بأنْ كانَ ذَهابُه بعدَ غَيبةِ المالِكِ، وإنْ قبَضَها صارَ ضامِنًا إلا إنْ كانَت مُعرَّضةً للضَّياعِ فقبَضَها حِسبةً صَونًا لها عن الضَّياعِ فلا يَضمنُ، وذَهابُ الوَديعِ معَ تَركِ الوَديعةِ والمالِكُ حاضِرٌ كردِّها.

والثاني: يُشترطُ القَبولُ لَفظًا، والثالِثُ: يُشترطُ إنْ كانَ بصِيغةِ عَقدٍ، كـ «أودَعْتُك»، ولا يُشترطُ إنْ قالَ: «احفَظْه»، أو «هو وَديعةٌ عندَك».



قالَ الخطيبُ الشِّربينيُّ: تَنبيهٌ: قَضيةُ كَلامِ الشَّيخينِ أنَّه لا بدَّ مِن لَفظِ ائتِمانٍ مِن المُودِعِ الناطِقِ، قالَ الأَذرعيُّ: ولَمْ يَبعدْ أنْ يُقالَ: الشَّرطُ وُجودُ اللَّفظِ مِن أَحدِ الجانِبينِ، والفِعلُ مِن الآخرِ للعِلمِ بحُصولِ المَقصودِ بذلك، فلو قالَ الوَديعُ: «أودِعْنيه» مَثلًا فدفَعَه له ساكتًا كَفىٰ كالعارِيةِ، وعليه فالشَّرطُ اللَّفظُ مِن أَحدِهما، وهو حَسنٌ[1].

(1) «مغني المحتاج» (4/ 133)، ويُنظَر: «الوسيط» (5/ 474، 475)، و«روضة الطالبين» (4/ 575)، و«كنز الراغبين» (3/ 445)، و«النجم الوهاج» (6/ 345، 346)، =



وقالَ الحَنابِلـةُ: يُعتبَرُ للوَديعـةِ أَركـانُ الوَكالـةِ، ويَكفـي القَبضُ قَبـولًا للوَديعةِ كالوَكالةِ[1]، وقد تقدَّمَ هذا في كِتابِ الوَكالةِ.

تَنفسخُ الوَديعةُ بما تَنفسخُ به الوَكالةُ:

قالَ الشافِعيةُ: تَنفسخُ الوَديعةُ بما تَنفسخُ به الوَكالةُ مِن العَزلِ والجُنونِ والإِغماءِ والمَوتِ كما تَنفسخُ الوَكالةُ؛ لأنَّه وَكالةٌ في الحِفظِ فكانَ كالوَكالـةِ في العَقدِ والفَسخِ، ويَجبُ الـردُّ في مَسألةِ الجُنونِ، وإلـىٰ الـوارِثِ في مَسألةِ المَوتِ[2].

حَقيقةُ عَقدِ الوَديعةِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حَقيقةِ الوَديعةِ هل هي عَقدٌ أم إِذنٌ مُجرَّدٌ؟

فذهَبَ جُمهـورُ الفُقهـاءِ الحَنفيـةُ والمالِكيـةُ والشـافِعيةُ -في الأَصحِّ عندَهم- والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ الوَديعةَ عَقـدُ تَوكيـلٍ خـاصٍّ مِـن جِهـةِ المُـودِعِ، وتَوكُّلٌ مِن جِهةِ المُستودَعِ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّ الوَديعـةَ مُجرَّدُ إِذنٍ في الحِفـظِ كالضِّـيافةِ، فكما أنَّ الضِّيافةَ إذنٌ مِن المالِكِ للضَّيفِ في إِباحةِ الطَّعامِ المُقدَّمِ له دونَ أنْ يَكونَ فيها عَقدٌ أو تَمليكٌ، فكذلك الوَديعةُ مُجرَّدُ إِذنٍ مِن المُودِعِ للمُستودَعِ في حِفظِ مالِه، وليسَت عَقدًا.

=

و«تحفة المحتاج» (8/ 304، 305)، و«الديباج» (3/ 107، 108).

(1) «كشاف القناع» (4/ 203)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 148).

(2) «المهذب» (1/ 359)، و«مغني المحتاج» (4/ 135).

وتَظهرُ ثَمرةُ الخِلافِ في الفُروعِ التاليةِ:

أ- لو أودَعَ وشرَطَ شَرطًا فاسِدًا قالَ الإمامُ: «فمَن جعَلَها عَقدًا أفسَدَها، ولا بدَّ مِن ائتِمانٍ جَديدٍ، وإلا كانَ كما لو طيَّرت الرِّيحُ ثَوبًا إلىٰ دارِه، ومَن لمْ يَجعلْها عَقدًا ألغىٰ الشَّرطَ الفاسِدَ، وأبْقَىٰ مُوجِبَ الإيداعِ.

ب- إذا عزَلَ المُودَعُ نَفسَه في غَيبةِ المُودِعِ ففي انعزالِه وَجهانِ:

فإنْ قلْنا: «الوَديعةُ عَقدٌ» انعزَلَ وتَبقىٰ الوَديعةُ أَمانةٌ شَرعيةٌ في يدِه كثَوبِ الغَيرِ الذي طيَّرَه الرِّيحُ إلىٰ دارِه، فيَجبُ عليه الردُّ عندَ التَّمكنِ، وإنْ لمْ يَطلبْ صاحِبَه علىٰ الأَصحِّ، فإنْ لمْ يَفعلْ ضمِنَ.

والثاني: أنَّها أَمانةٌ، فلا يَضمنُ إلا عندَ التَّقصيرِ.

وإنْ قُلْنا: «ليسَت بعَقدٍ، بل إذنٌ» فلا يَنعزلُ؛ لأنَّ ابتِداءَه بالفِعلِ، فكذا رَفعُه، كما لو أذِنَ للضَّيفانِ في أكلِ طَعامِه فقالَ بَعضُهم: عزَلْت نَفسِي، يَلغو قَولُه، وله الأَكلُ بالإذنِ السَّابقِ، فعلىٰ هذا تَبقىٰ الوَديعةُ بحالِها.

ج- إذا أكرَه صاحِبُ المالِ شَخصًا علىٰ قَبولِ الوَديعةِ.

فإنْ قُلْنا: «عَقدٌ» لمْ يَثبتْ حُكمُ الإيداعِ، وإنْ قُلْنا: «إذنٌ» مُجرَّدٌ ثبَتَ حُكمُها، وهو المَرويُّ عن ابنِ أبي هُريرةَ.

د- في كونِ وَلدِ الوَديعةِ وَديعةً وَجهانِ: يَنبنِيانِ علىٰ أنَّ الوَديعةَ عَقدٌ أم لا؟

فإن قُلْنا: «الوَديعةُ عَقدٌ»، فالوَلدُ وَديعةٌ كالأُمِّ، وإنْ قُلْنا: «إذنٌ»، فليسَ بوَديعةٍ، بل هو أَمانةٌ شَرعيةٌ في يدِه يَجبُ ردُّه في الحالِ إذا تمكَّنَ وإلا ضمِنَ علىٰ الأَصحِّ[1].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 577)، و«أسنىٰ المطالب» (3/ 75)، و«الأشباه والنظائر» =





الرُّكنُ الثاني والثَّالثُ: المُودِعُ والمُودَعُ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه يُشترطُ في المُودِعِ والمُودَعِ ما يُشترطُ في الوَكيلِ والمُوكِّلِ مِن الأَهليةِ، وهو أنْ يَكونَ جائزَ التَّصرفِ، فكلُّ مَن جازَ له التَّوكيلُ والتَّوكلُ جازَ له الإيداعُ والاستِيداعُ.

أولاً: شَرطُ المُودِعِ:

يُشترطُ في المُودِعِ أنْ يَكونَ جائزَ التَّصرفِ باتِّفاقِ الفُقهاءِ، فكلُّ مَن جازَ له التَّوكيلُ والتَّوكلُ جازَ له الإيداعُ والاستِيداعُ؛ لأنَّ الإيداعَ والاستِيداعَ تَوكيلٌ وتَوكلٌ، وعليه فلا يَصحُّ الإيداعُ مِن الصَّغيرِ غيرِ المُميِّزِ ولا مِن المَجنونِ.

أ- إيداعُ الصَّبيِّ غيرِ المُميِّزِ أو المَجنونِ أو السَّفيهِ مالًا لجائزِ الاستِيداعِ:

قُلنا: إنَّه لا يَصحُّ الإيداعُ إلا مِمَّن يَصحُّ منه التَّوكيلُ والتَّوكلُ، وعليه فلا يَصحُ الإيداعُ مِن الصَّغيرِ غيرِ المُميَّزِ ولا المَجنونِ اتِّفاقًا، ولا مِن السَّفيهِ عندَ الجُمهورِ غيرِ أبي حَنيفةَ، فإذا أودَعَ الصَّغيرُ أو المَجنونُ -وكذا السَّفيهُ- مالًا لإنسانٍ فلا يَجوزُ له أنْ يَقبلَه وَديعةً، فإذا أخَذَه منه لمْ يَبرأْ مِن الضَّمانِ إلا بالردِّ إلىٰ وليِّه، وذلك لأنَّه قبِلَ مالًا مِمَّن لا يَملكُ التَّصرفَ فيه، كما لو غصَبَ مالًا وأودَعَه وعلِمَ المُستودَعُ أنَّه مَغصوبٌ وقبِلَ الوَديعةَ، فإنَّه لا يَبرأُ مِن الضَّمانِ إلا

= للسبكي (1/ 381)، وباقي المَصادِرِ السَّابقَة في المَذاهبِ الأُخرَىٰ.

بالردِّ علىٰ صاحبِها، ولأنَّه أخذَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنٍ شَرعيٍّ فأشبَه ما لو غصَبَه[1].

إلا أنَّ جُمهورَ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ استَثْنوا مِن هذه الحالةِ ما لو خشِيَ المُودَعُ هلاكَ الوَديعةِ في يدِ الصَّغيرِ أو المَجنونِ أو المَحجورِ عليه فأخَذَها منه حسبةً ليَحفظَها، فلا ضَمانَ عليه ما لمْ يَتعدَّ فيها أو يُفرطَ.

قالَ المالِكيةُ: تَجوزُ الوَديعةُ مِن الصَّبيِّ الخائِفِ عليها إنْ بقِيَت بيدِه، ومِن العَبدِ، ويَجوزُ أنْ يُودِعا ما خِيفَ تلفُهُ بيدِ مُودِعِه إنْ ظنَّ صَونَه بيدِ أحدِهما لاحترامِهما وثِقتِهما، كأولادِ المُحترَمينَ وعَبيدِهم عندَ نُزولِ بعضِ الظَّلَمةِ ببَعضِ البِلادِ، والأَصلُ في هذا النُّصوصُ الدَّالةُ علىٰ حِفظِ المالِ والنَّهيِ عن إضاعتِه[2].

وقالَ الشافِعيةُ: لو أودَعَه صبيٌّ ولو مُراهقًا كامِلَ العَقلِ أو مَجنونٌ مالًا لا يَجوزُ له أنْ يَقبلَه لعَدمِ أَهليتِهما؛ لأنَّ العاقدَينِ شَرطُهما التَّكليفُ، فإنْ قبِلَ أو قبَضَ ضمِنَ بأَقصىٰ القِيمِ؛ لأنَّه وضَعَ يدَه علىٰ مالِ غيرِه بغيرِ إذنٍ مُعتبَرٍ فكانَ كالغاصِبِ، ولا يَزولُ الضَّمانُ إلا بالردِّ إلىٰ الناظرِ في أمرِهما.

ومَحلُّ ذلك عندَ الأَمنِ مِن ضَياعِها، أما إذا خافَ هَلاكَه فيَأخذُه علىٰ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 207)، و«الملخص الفقهي» (10/ 443)، و«مواهب الجليل» (7/ 227)، و«الفواكه الدواني» (2/ 170)، و«حاشية العدوي» (2/ 359)، و«روضة الطالبين» (4/ 576)، و«النجم الوهاج» (6/ 346)، و«مغني المحتاج» (4/ 134)، و«تحفة المحتاج» (8/ 308، 309)، و«نهاية المحتاج» (6/ 131)، و«الديباج» (3/ 108)، و«كشاف القناع» (4/ 216)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 162).

(2) «الملخص الفقهي» (10/ 443)، و«مواهب الجليل» (7/ 227).

وَجهِ الحِسبةِ صَونًا له ولا ضَمانَ عليه إذا تلِفَت بلا تَقصيرٍ، كما لو أخَذَ المُحرِمُ أو غيرُه صَيدًا مِن جَارحِه ليَتعهدَه فتلِفَ فلا ضَمانَ عليه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ أودَعَه صَغيرٌ -مُميِّزٌ أو لا- وَديعةً أو أودَعَه مَجنونٌ أو مَحجورٌ عليه لسَفهٍ وَديعةٍ فتلِفَت عندَ المُستودَعِ ولو بلا تَعدٍّ ولا تَفريطٍ ضمِنَها المُستودَعُ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنٍ شَرعيٍّ أشبَه ما لو غصَبَه، ولا يَبرأُ المُستودَعُ مِن صَغيرٍ ونحوِه إلا بالتَّسليمِ إلى وليِّه كدَينِه، إلا أنْ يَكونَ المَحجورُ عليه لحَظِّه مُميِّزًا مَأذونًا له في الإيداعِ، أو يَخافُ الأَخذَ لمَا معَه هَلاكُها معَه فيَأخذُها لحِفظِها حتى يُسلِّمَها لوليِّه حِسبةً فلا ضَمانَ عليه، كالمالِ الضائعِ والمَوجودِ في مَهلكةٍ إذا أخَذَه ليَحفظَه لربِّه وتلِفَ قبلَ التَّمكنُ مِن ردِّه، وكذا لو أخَذَ إنسانٌ المالَ مِن الغاصِبِ تَخليصًا له ليَردَّه إلى مالكِه فتلِفَ قبلَ التَّمكنَ لم يَضمنْه لأنَّه مُحسِنٌ[2].

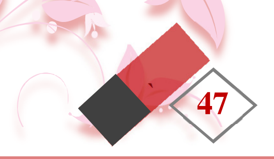
ب- إيداعُ الصَّبيِّ المُميِّزِ الذي يَعقلُ لجائزِ الاستِيداعِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في الصَّبيِّ الذي يَعقلُ، هل يَصحُّ إيداعُه أم يُشترطُ البُلوغُ لصِحةِ الإيداعِ؟

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 576)، و«النجم الوهاج» (6/ 346)، و«مغني المحتاج» (4/ 134)، و«تحفة المحتاج» (8/ 308، 309)، و«نهاية المحتاج» (6/ 131)، و«الديباج» (3/ 108).

(2) «المغني» (6/ 311)، و«كشاف القناع» (4/ 216)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 162).



فذهَبَ الحَنفيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه يَصحُّ إيداعُ الصَّبيِّ المُميِّزِ، ولا يُشترطُ البُلوغُ لِصحةِ الإيداعِ عندَهم.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصحُّ الإيداعُ مِن المَجنونِ والصَّبيِّ الذي لا يَعقلُ؛ لأنَّ العَقلَ شَرطُ أَهليةِ التَّصرُّفاتِ الشَّرعيةِ.

وأما بُلوغُه فليسَ بشَرطٍ عندَنا، حتىٰ يَصحَّ الإيداعُ مِن الصَّبيِّ المَأذونِ؛ لأنَّ ذلك مما يَحتاجُ إليه التَّاجرُ فكانَ مِن تَوابعِ التِّجارةِ، فيَملكُه الصَّبيُّ المَأذونُ كما يَملكُ التِّجارةَ.

وعندَ الشَّافِعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَملكُ التِّجارةَ فلا يَملكُ تَوابعَها[1].

وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإنْ كانَ الصَّبيُّ مُميِّزًا صحَّ إيداعُه لمَا أُذنَ له في التَّصرُّفِ فيه؛ لأنَّه كالبَالغِ بالنِّسبةِ إلىٰ ذلك[2].

وذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّه لا يَصحُّ الإيداعُ إلا مِن بالِغٍ عاقِلٍ جائِزِ التَّصرُّفِ.

قالَ النَّفراويُّ المالِكيُّ: وأمَّا الصَّبيُّ والسَّفيهُ فلا يُودعانِ ولا يُستودعانِ، لكنْ إنْ أَودعاكَ شَيئًا وجَبَ عليك يا رَشيدُ حِفظُه[3].

وقالَ الشافِعيةُ: لو أودَعَه صَبيٌّ ولو مُراهقًا كامِلَ العَقلِ أو مَجنونٌ مالًا لا يَجوزُ له أنْ يَقبلَه لعَدمِ أَهليتِهما؛ لأنَّ العاقِدَينِ شَرطُهما التَّكليفُ، فإنْ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 207).
(2) «المغني» (6/ 311).
(3) «الفواكه الدواني» (2/ 170)، و«حاشية العدوي» (2/ 359).



قبِلَ أو قبَضَ ضمِنَ بأقصَىٰ القِيمِ؛ لأنَّه وضَعَ يدَه علىٰ مالِ غيرِه بغيرِ إذنٍ مُعتبَرٍ فكانَ كالغاصِبِ، ولا يَزولُ الضَّمانُ إلا بالرَّدِّ إلىٰ الناظِرِ في أمرِهما.

ومَحلُّ ذلك عندَ الأَمنِ مِن ضَياعِها، أما إذا خافَ هلاكَه فيَأخذُه علىٰ وَجهِ الحِسبةِ صَونًا له ولا ضَمانَ عليه إذا تلِفَت بلا تَقصيرٍ، كما لو أخَذَ المُحرِمُ أو غيرُه صَيدًا مِن جارِحِه ليَتعهدَّه فتلِفَ فلا ضَمانَ عليه[1].

ثانيًا: شُروطُ المُستودَعِ:

يُشترطُ في المُستودَعِ أنْ يَكونَ جائِزَ التَّصرُّفِ، وهو أنْ يَكونَ مالِكًا للتَّوكيلِ والتَّوكُّلِ؛ لأنَّ الإيداعَ والاستِيداعَ تَوكيلٌ وتَوكُّلٌ، فمَن كانَ مِن أهلِ التَّوكيلِ والتَّوكلِ جازَ له الاستِيداعُ ومَن لا فلا.

أ- استِيداعُ الصَّغيرِ غيرِ المُميِّزِ أو المَجنونِ أو السَّفيهِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّه لا يَصحُّ الاستِيداعُ مِن الصَّغيرِ غيرِ المُميِّزِ والمَجنونِ -**وكذا السَّفيهُ عندَ الجُمهورِ خِلافًا لأبي حَنيفةَ**- لأنَّ القَصدَ مِن الإيداعِ الحِفظُ، والصَّبيُّ والمَجنونُ والسَّفيهُ ليسُوا مِن أهلِ الحِفظِ[2]. وسيَأتي حُكمُ ما إذا أتلَفُوها أو استهلَكُوها هل يَضمنونَها أم لا؟

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 576)، و«النجم الوهاج» (6/ 346)، و«مغني المحتاج» (4/ 134)، و«تحفة المحتاج» (8/ 308، 309)، و«نهاية المحتاج» (6/ 131)، و«الديباج» (3/ 108).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 207)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 152)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 140، 141)، و«تحبير المختصر» (4/ 363)، و«النجم الوهاج» (6/ 3436، 346)، و«مغني المحتاج» (4/ 134)، و«تحفة المحتاج» (8/ 310)، و«كشاف القناع» (4/ 216).

ب- إيداعُ الصَّبيِّ المُميِّز:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الصَّبيِّ المُميِّزِ المَأذونِ له في التِّجارةِ هل يَصحُّ قَبولُه للوَديعةِ أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ إلى أنَّه لا يَصحُّ استيداعُ الصَّبيِّ مُطلقًا مُميِّزًا كانَ أو غيرَ مُميِّزٍ.

قالَ النَّفراويُّ المالِكيُّ: وأمَّا الصَّبيُّ والسَّفيهُ فلا يُودعانِ ولا يُستودَعانِ، لكنْ إنْ أودَعاكَ شَيئًا وجَبَ عليك يا رَشيدُ حِفظُه[1].

إلا أنَّ ابنَ عَرفةَ المالِكيِّ قالَ: يَجوزُ أنْ يُودَعَ الصَّبيُّ ما خِيفَ تَلفُه بيدِ مُودِعه إنْ ظنَّ صَونَه بيدِه لاحتِرامِه وثِقتِه، كأَولادِ المُحترَمينَ عندَ نُزولِ بعضِ الظَّلمةِ ببَعضِ البِلادِ، إنْ ظنَّ المُودِعُ صَونَ الوَديعةِ بيدِ الصَّبيِّ[2].

وقالَ الشَّافِعيةُ: يُشترطُ أَهليَّةُ العاقِدَينِ: المُودَعُ والمُستودِعُ، بأنْ يَكونَ كلٌّ منها بالِغًا عاقِلًا غيرَ مَحجورٍ عليه لسَفهٍ[3].

وكذلك نصَّ الحَنابِلةُ علىٰ أنَّه لا يَصحُّ استِيداعُ الصَّبيِّ، ومَن أودَعَ صَبيًّا شَيئًا فتلِفَت فلا ضمانَ عليه[4].

وذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّ الصَّبيَّ المُميِّزَ إنْ كانَ مَأذونًا له في التِّجارةِ صحَّ

---

(1) «الفواكه الدواني» (2/ 170)، و«حاشية العدوي» (2/ 359).

(2) «المختصر الفقهي» (10/ 443).

(3) «النجم الوهاج» (6/ 346، 347)، و«مغني المحتاج» (4/ 134).

(4) «المغني» (6/ 311)، و«كشاف القناع» (4/ 216، 217).

قَبولُه للوَديعةِ؛ لأنَّه مِن أهلِ الحِفظِ، وأما الصَّبيُّ المَحجورُ الذي لَمْ يُؤذنْ له في التِّجارةِ فلا يَصحُّ قَبولُ الوَديعةِ منه؛ لأنَّه لا يَحفظُ المالَ عادةً، ألا تَرىٰ أنَّه مُنعَ مِن مالِه[1].

ج- ضَمانُ الصَّبيِّ للوَديعةِ إذا تلِفَت:

اتَّفق فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ الصَّبيَّ أو المَجنونَ -وكذا السَّفيهُ عندَ الجُمهورِ خِلافًا لأَبي حَنيفةَ- إذا أُودعَ أَحدُهم وَديعةً فتلِفَت الوَديعةُ عندَه مِن غيرِ تَفريطٍ فلا ضَمانَ علىٰ واحدٍ منهم؛ لأنَّه إذا لَمْ يَجبِ الضَّمانُ في هذه الحالةِ علىٰ مَن صحَّ الإِيداعُ عندَه فلئلَّا يَجبَ علىٰ مَن لَمْ يَصحَّ الإِيداعُ عندَه أولىٰ.

وكذا لا ضَمانَ عليهم إذا تلِفَت الوَديعةُ بتَفريطٍ منهم في حِفظِها ما لَمْ يُباشرْ أَحدٌ منهم إتلافَها؛ لأنَّهم لَمْ يَلزمْهم حِفظُها فلَمْ يَلزمْهم الضَّمانُ عندَ التَّفريطِ.

إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما لو استهلَكَها أو أتلَفَها هو، هل يَضمنُها أم لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ في مُقابلِ الأَصحِّ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه إذا أُودعَ الصَّغيرُ وكذا السَّفيهُ أو المَجنونُ وَديعةً فأتلَفَها أو استهلَكَها بأَكلٍ أو بغيرِه أنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ المالِكَ سلَّطَهم علىٰ الإِتلافِ بالدَّفعِ إليهم فلا يَلزمُهم الضَّمانُ.

قالَ المالِكيةُ: مَن أودَعَ شَخصًا صَبيًّا أو سَفيهًا وَديعةً فأتلَفَها لَمْ يَضمنْ ولو أذِنَ له أهلُه؛ لأنَّ ربَّها هو المُسلِّطُ له عليها ما لَمْ يُنصِّبْه وليُّه في حانوتِه

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 207)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 338).

مثلًا فيضمنُ وليُّه الناصِبُ له لا الصَّبيُّ؛ لأنَّه لمَّا نَصَّبَه للبَيعِ والشِّراءِ والأَخذِ والعَطاءِ فقد أطلَقَ له التَّصرُّفَ، ومَحلَّ عَدمِ الضَّمانِ في الوَديعةِ ما لَمْ يَصنِ الصَّبيُّ أو السَّفيهُ مالَه بما أخَذَه، وإلا ضمِنَ ما أتلَفَه في المالِ الذي صَونُه به أي أنَّه يَضمنُ القَدرَ الذي صَونُه فقط مِما كانَ يُنفِقُ مِثلُه عادةً ولا يُعتبَرُ زيادةُ التَّرفُّه علىٰ أكلِه أو لُبسِه، فإذا تلِفَ المالُ الذي صَونُه به فلا ضَمانَ عليه ولو استفادَ غيرُه.

وقدَّرَ اللَّخمِيُّ ذلك بما إذا لَمْ يَصرفْ ذلك فيما لا بدَّ له منه وله مالٌ فيَرجعُ عليه بالأَقلِّ مِن مالِه أو التالِفِ، وإن ذهَبَ ذلك المالُ وأفادَ غيرَه لَمْ يَتبعْه.

قالَ اللَّخمِيُّ: ولا تِباعةَ علىٰ الصَّبيِّ ولا علىٰ السَّفيهِ إلا أنْ يُثبِتا أنَّهما أنفَقا ذلك فيما لا غِنىٰ لهما عنه فيُتْبَعا في المالِ الذي صَرفاه، فإنْ أذهَبا ذلك المالَ وأفادا غيرَه لَمْ يُتبَعا فيه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: لو أودَعَ جائِزُ التَّصرُّفِ الصَّغيرُ أو المَجنونُ أو المَعتوهُ أو السَّفيهُ وَديعةً فأتلَفوها بأَكلٍ أو غيرِه أو تلِفَ بتَفريطِهم لَمْ يَضمَنوا؛ لتَفريطِ مالِكِه بدفْعِه إلىٰ أحدِ هَؤلاءِ، فكَأنَّ المالِكَ سلَّطَهم علىٰ الإتلافِ بالدَّفعِ إليهم[2].

(1) «جامع الأمهات» (1/ 404)، و«التاج والإكليل» (4/ 281، 282)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 119)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 140، 141)، و«تحبير المختصر» (4/ 363).

(2) «كشاف القناع» (4/ 216)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 247).

وذهَبَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ -والحَنابِلةُ في رِوايةٍ- إلىٰ أنَّ الصَّغيرَ والسَّفيهَ إذا استهلَكَ الوَديعةَ أو أتلَفَها هو ضمِنَ ما أتلَفَه لعَدمِ تَسليطِه علىٰ إتلافِه، فضمِنَه بالإتلافِ كما لو أدخَلَه دارَه فأتلَفَ مالَه.

وفي مُقابلِ الأَصحِّ عندَ الشافِعيةِ: لا يَضمنُ؛ لأنَّ مالِكَها مَكَّنهما مِن إتلافِها فلمْ يَضمنْها كما لو باعَهما منه شَيئًا أو أقرَضَهما وسلَّمَه إليهما فأتلَفاه[1].

وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإنْ أودَعَ رَجلٌ عندَ صَبيٍّ أو مَعتوهٍ وَديعةً فتلِفَت لمْ يَضمنْها، سَواءٌ حفِظَها أو فرَّطَ في حِفظِها، فإنْ أتلَفَها أو أكَلَها ضمِنَها في قَولِ القاضِي وظاهِرِ مَذهبِ الشَّافِعيِّ.

ومِن أَصحابِنا مَن قالَ لا ضَمانَ عليه، وهو قَولُ أَبي حَنيفةَ؛ لأنَّه سلَّطَه علىٰ إتلافِها بدَفعِها إليه فلا يَلزمُه ضَمانُها، ألا تَرىٰ أنَّه لو دفَعَ إلىٰ صَغيرٍ سكِّينًا فوقَعَ عليها كانَ ضَمانُه علىٰ عاقلَتِه.

ولنا: إنَّ ما ضمِنَه بإتلافِه قبلَ الإيداعِ ضمِنَه بعدَ الإيداعِ كالبالِغِ، ولا يَصحُّ قَولُهم إنَّه سلَّطَه علىٰ إتلافِها، وإنما استحفَظَه إيَّاها، وفارَقَ دَفعَ السكِّينِ، فإنَّه سَببٌ للإتلافِ، ودَفعُ الوَديعةِ بخِلافِه[2].

أما الحَنفيةُ فقالوا: إذا أودَعَ صَبيًّا وَديعةً فهلَكَت منه فلا ضَمانَ عليه بالإجماعِ، فإن استهلَكَها: إنْ كانَ مَأذونًا له في التِّجارةِ ضمِنَها إجماعًا.

---

(1) «المهذب» (1/ 359)، و«البيان» (6/ 474)، و«النجم الوهاج» (6/ 347)، و«مغني المحتاج» (4/ 134)، و«تحفة المحتاج» (8/ 310).

(2) «المغني» (6/ 311).

وإنْ كانَ مَحجورًا عليه: فإنْ قبَضَها بإذنِ وَليِّه ضمِنَ أيضًا إجماعًا.

وإنْ قبَضَها بغيرِ إذنِ وَليِّه فلا ضَمانَ عليه **عندَ أَبي حَنيفةَ ومُحمَّدٍ** لا في الحالِ ولا بعدَ الإدراكِ.

وقالَ أَبو يُوسفَ: يَضمنُ في الحالِ.

وإنْ أودَعَه عَبدًا فقتَلَه ضمِنَ إجماعًا.

والفَرقُ أنَّ الصَّبيَّ مِن عادَتِه تَضييعُ الأَموالِ، فإذا سلَّمَه معَ عِلمِه بهذه العادةِ فكَأنَّه رضِيَ بالإتلافِ، فلمْ يَكنْ له تَضمينُه، وليسَ كذلك القَتلُ؛ لأنَّه ليسَ مِن عادَةِ الصِّبيانِ فيَضمنُه، وتَكونُ قِيمتُه علىٰ عاقلَتِه، وإنْ جَنىٰ عليه فيما دونَ النَّفسِ كانْ أرشُه في مالِ الصَّبيِّ.

وقالَ البابرتِيُّ: وأجمَعُوا علىٰ أنَّه لو استَهلكَ مالَ الغيرِ مِن غيرِ أنْ يَكونَ عندَه وَديعةً ضمِنَ في الحالِ[1].

وهذا الخِلافُ المَذكورُ قيلَ في الصَّبيِّ العاقِلِ، فأما غيرُ العاقِلِ فيَضمنُ بالاتِّفاقِ.

وقيلَ: بل العَكسُ، إنَّ الصَّبيَّ غيرُ العاقِلِ لا يَضمنُ في قَولِهم جَميعًا[2].

---

(1) «العناية شرح الهداية» (15/ 472)، **ويُنظَر**: «بدائع الصنائع» (6/ 207)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 152)، و«البحر الرائق» (8/ 445)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 333).

(2) «العناية شرح الهداية» (15/ 472)، و«البحر الرائق» (8/ 445).



الرُّكْنُ الرابِعُ: الوَديعةُ: العَينُ المُودَعةُ:

الأَصلُ أنَّه يَصحُّ إِيداعُ كلِّ عَينٍ يُمكنُ اقتناؤُها، وقد ذكَرَ الفُقهاءُ شُروطًا في العَينِ المُودَعةِ، بَيانُها علىٰ النَّحوِ التَّالي:

أ- اشتَرَطَ فُقهاءُ الحَنفيةِ في العَينِ المُودَعةِ أنْ تَكونَ مالًا، وهذا المالُ يُشترطُ فيه أنْ يَكونَ قابلًا لإثباتِ اليدِ عليه ليَتمكَّنَ مِن حِفظِه؛ لأنَّ الإِيداعَ عَقدُ استِحفاظٍ، وحِفظُ الشَّيءِ بدونِ إِثباتِ اليدِ غيرُ مُتصوَّرٍ، فإِيداعُ الطَّيرِ في الهَواءِ والمالِ السَّاقطِ في البَحرِ والعَبدِ الآبقِ غيرُ صَحيحٍ[1].

ب- اشتَرَطَ الشَّافِعيةُ والحَنابِلةُ لِصحةِ عَقدِ الوَديعةِ أنْ تَكونَ العَينُ المُودَعةُ مالًا مُحترَمًا مُختصًّا، فعليه يَصحُّ إِيداعُ الخَمرِ المُحترَمةِ وجِلدِ مَيتةٍ يَطهرُ بالدِّباغِ وزِبْلٍ وكَلبٍ مُعلَّمٍ؛ لأنَّه يَجوزُ اقتناؤُها، وأما الخَمرُ غيرُ المُحترَمةِ والكَلبُ غيرُ المُعلَّمِ والنَّجسُ الذي لا يَجوزُ اقتناؤُه فلا يَجوزُ إِيداعُه[2].

ج- نَصَّ المالِكيةُ علىٰ صِحةِ إِيداعِ الصُّكوكِ والوَثائقِ بذِكرِ الحُقوقِ[3].

---

(1) «العناية» (12/ 207)، و«البحر الرائق» (7/ 273)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 338).

(2) «مغني المحتاج» (4/ 131)، و«تحفة المحتاج» (8/ 299)، و«الديباج» (3/ 106)، و«المبدع» (5/ 233)، و«كشاف القناع» (4/ 203)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 233)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 147، 148).

(3) «الملخص الفقهي» (10/ 439)، و«التاج والإكليل» (4/ 257)، و«مواهب الجليل» (7/ 225).

وإيداعُ الوَثائقِ مما لا يَنبغي أنْ يَكونَ فيه خِلافٌ بينَ العُلماءِ، إلا أنَّني لمْ أَجدْ غيرَ المالِكيةِ قد نصُّوا على جَوازِ إيداعِ الوَثائقِ بذِكرِ الحُقوقِ.

د- نصَّ الإمامُ ابنُ عَرفةَ مِن المالِكيةِ علىٰ أنَّه يُشترطُ في العَينِ المُودَعةِ أنْ تكونَ مما يُمكنُ نقلُها، وأما ما لا يُمكنُ نقلُه كالرَّبعِ -أي الأرضِ- فلا يَصحُّ إيداعُه[1].

قالَ الدُّسوقيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قَولُه (مالٌ وكلٌّ... إلخ) دخَلَ في التَّعريفِ ذِكرُ الحُقوقِ؛ لأنَّ الوَثيقةَ مُتموَّلٌ يُرادُ حِفظُه لأَجلِ ما فيه.

وشمِلَ أيضًا العَقارَ إذا وُكِّلَ علىٰ حِفظِه، فيُسمَّىٰ وَديعةً، وهو ما ارتَضاه الوانُّوغِيُّ وح قائلًا لمْ أرَ أَحدًا أخرجَ العَقارَ عن أنْ يَكونَ وَديعةً، لكِنِ ابنُ عَرفةَ شرَطَ في الوَديعةِ أنْ تكونَ مِما يُمكنُ نَقلُه، وحينَئذٍ فيَخرجُ العَقارُ[2].

لكنَّ جُمهورَ الفُقهاءِ -غيرُ ابنِ عَرفةَ- حتى المالِكيةُ لم يَتشرَّطوا أنْ تَكونَ العَينُ المُودعةُ مما يُنقلُ، بل يَصحُّ عندَهم رَهنُ ما يُنقلُ وما لا يُنقلُ كالعَقارِ[3].

---

(1) «الملخص الفقهي» (10/ 439)، و«التاج والإكليل» (4/ 257)، و«مواهب الجليل» (7/ 225).

(2) «حاشية الدسوقي» (5/ 120).

(3) «الجوهرة النيرة» (4/ 149)، و«تبيين الحقائق» (5/ 76)، و«البحر الرائق» (7/ 273)، و«الملخص الفقهي» (10/ 439)، و«التاج والإكليل» (4/ 257)، و«مواهب الجليل» (7/ 225)، و«مغني المحتاج» (4/ 131)، و«تحفة المحتاج» (8/ 299)، و«الديباج» (3/ 106)، و«المبدع» (5/ 233)، و«كشاف القناع» (4/ 203).



فَصْلٌ في
ما يَجوزُ للمُودَعِ أنْ يَفعلَه وما لا يَجوزُ

استِعمالُ الوَديعةِ:

استِعمالُ المُودَعِ للوَديعةِ لا يَخلو مِن حالتَينِ:

الحالَةُ الأُولى: ألَّا يَأذنَ له المالِكُ باستِعمالِها:

أجمَعَ أَهلُ العِلمِ علىٰ أنَّ المُودَعَ مَمنوعٌ مِن استِعمالِ الوَديعةِ لغيرِ عُذرٍ.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمَعُوا علىٰ أنَّ المُودَعَ مَمنوعٌ مِن استِعمالِ الوَديعةِ خَوفًا مِن إتلافِها[1]، **هكذا في كِتابِه «الإجماع»، والأَصحُّ -واللهُ أعلَمُ- ما في «الإشراف» وهو قَولُه**: أجمَعُ أَهلُ العِلمِ علىٰ أنَّ المُودَعَ مَمنوعٌ مِن استِعمالِ الوَديعةِ ومِن إتلافِها[2].

وذلك لأنَّ بعضَ الفُقهاءِ كالشافِعيةِ والحَنابِلةِ ذكروا أنَّه لو استَعملَها لعُذرٍ بأنْ لبِسَ الثَّوبَ المُودَعَ لدَفعِ العثِّ عنه أو ركِبَ الدَّابةَ الجَموحَ مِن أجلِ سَقيِها أو عَلَفِها إذا لَمْ تَنقدْ إلا بالرُّكوبِ فليسَ بخائنٍ ولا ضَمانَ عليه[3].

---

(1) «الإجماع» (565).

(2) «الإشراف» (6/ 336).

(3) «مغني المحتاج» (4/ 146، 147)، و«تحفة المحتاج» (8/ 345، 346)، و«الديباج» =

فإذا استعملَ المُودَعُ الوَديعةَ بغيرِ إذنِ صاحِبِها فتلِفَت **فلا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ** علىٰ أنَّه ضامِنٌ لها؛ لأنَّه مُتعدٍّ بذلك.

إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما لو استعمَلَها ثُم ردَّها إلىٰ مَوضعِها ثُم تلِفَت بعدَ ذلك هل عليه ضَمانُها أم لا؟ وهل عليه أُجرةُ المُدةِ التي استعمَلَها فيها أم لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّه إذا تَعدَّىٰ واستَعملَ الوَديعةَ ثُم ردَّها سالمَةً إلىٰ مَكانِها ثُم تلِفَت بعدَ ذلك، فإنَّه لا ضَمانَ عليه.

قالَ الحَنفيةُ: إذا تَعدَّىٰ المُودَعُ في الوَديعةِ بأنْ كانَت دابَّةً فركِبَها أو ثَوبًا فلبِسَه أو عَبدًا فاستَخدمَه أو أودَعَها غيرَه ضمِنَ؛ لأنَّه استِهلاكٌ مَعنىٰ، فإذا أزالَ التَّعدِّي فردَّها سالمَةً إلىٰ يدِه ثُم ضاعَت بعدَ العَودِ إلىٰ يدِه لمْ يَضمنْ، وزالَ الضَّمانُ لأنَّ الأمرَ باقٍ لإطلاقِه، وارتِفاعُ حُكمِ العَقدِ ضَرورةُ ثُبوتِ نَقيضِه، فإذا ارتَفعَ عادَ حُكمُ العَقدِ، ولأنَّه مَأمورٌ بالحِفظِ في كلِّ الأوقاتِ، فإذا خالَفَ في البعضِ ثُم رجَعَ أَتىٰ بالمَأمورِ به، كما إذا استَأجرَه للحِفظِ شَهرًا فترَكَ الحِفظَ في بعضِه ثُم حفِظَ في الباقي استَحقَّ الأُجرةَ بقدرِه.

لكنْ يَزولُ الضَّمانُ عنه بشَرطِ أنَّه لا يَعزمُ علىٰ العَودِ إلىٰ التَّعدي، حتىٰ لو نزَعَ ثَوبَ الوَديعةِ ليلًا ومِن عَزمِه أنْ يَلبسَه نَهارًا ثُم سُرقَ لَيلًا لا يَبرأُ عن الضَّمانِ.

=

(3/ 119)، و«كشاف القناع» (4/ 214)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 243، 245)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 160)، و«منار السبيل» (2/ 280).



وهذا إذا كانَ الرُّكوبُ والاستِخدامُ واللُّبسُ لَمْ يَنقصْها أما إذا نقَصَها ضمِنَها.

فالحاصِلُ أنَّ المُودَعَ إذا خالَفَ في الوَديعةِ ثُم عادَ إلىٰ الوِفاقِ إنما يَبرأُ عن الضَّمانِ إذا صدَّقَه المالِكُ في العَودِ، وإن كذَّبَه لا يَبرأُ، إلا أنْ يُقيمَ البَيِّنةَ علىٰ العَودِ إلىٰ الوِفاقِ.

وقيلَ: إنَّه إذا خالَفَ ثُم عادَ إلىٰ الوِفاقِ وكذَّبَه المُودِعُ فالقَولُ قَولُ المُودَعِ[1].

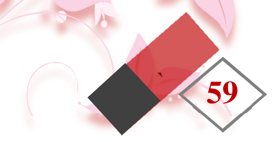
وقالَ المالِكيةُ: يَضمنُ المُودَعُ إذا انتفَعَ بالوَديعةِ بلا إذنٍ مِن ربِّها، إذا تلِفَت أو تعيَّبَت بسَببِ ذلك كرُكوبِ الدَّابةِ واستِخدامِ العَبدِ ولُبسِ الثَّوبِ.

واختُلِفَ فيما إذا هلَكَ في استِعمالِه بأمرٍ مِن اللهِ تَعالىٰ، فقالَ سحنُونٌ: يَضمنُ؛ لأنَّه كالغاصِبِ، وقالَ ابنُ القاسِمِ: لا يَضمنُ بِناءً علىٰ أنَّ الغالِبَ فيما تَعطبُ بمثلِه السَّلامةُ، كما لو أَرسلَ العَبدَ أو ركِبَ الدَّابةَ لنحوِ السُّوقِ فماتَ مِن اللهِ.

إلا أنْ تُردَّ الوَديعةُ بعدَ الانتِفاعِ بها سالمةً لمَوضعِ إيداعِها، ثُم تلِفَت أو ضاعَت بعدَ ذلك بلا تَفريطٍ، فلا يَضمنُ لعَدمِ سَببِ الضَّمانِ، والقَولُ له في

---

(1) «الهداية» (3/ 216)، و«العناية شرح الهداية» (12/ 217)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 156، 157)، و«البحر الرائق» (7/ 277)، و«الأشباه والنظائر» (51)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133)، و«اللباب» (1/ 646)، و«مجمع الأنهر» (3/ 472)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 348).



ردِّها سالِمةً لمَحلِّ إيداعِها إذا خالفَه ربُّها في ذلك، وهذا إنْ أقرَّ بالفِعلِ: أي بأنَّه انتفعَ بها لا إنْ أنكرَ ذلك وشُهِدَ عليه به فادَّعىٰ رُجوعَها سالِمةً لمَحلِّ إيداعِها، فلا يُقبلُ قولُه ويَضمنُ.

وإذا رُدَّت سالِمةً بعدَ انتِفاعِه بها فعليه الأُجرةُ لمُدةِ الانتِفاعِ بها إذا كانَ ربُّها يَليقُ به ذلك بأنْ كانَ يَأخذُ الأُجرةَ، وإلا فلا أُجرةَ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا استَعملَ الوَديعةَ أو أخرَجَها ليَستعملَها وإنْ لَمْ يَستعملْها بالفِعلِ فإنَّه ضامِنٌ لها، حتىٰ لو سُلمَت وأعادَها إلىٰ مَكانِها ثُم تلِفَت فلا يَبرأُ مِن الضَّمانِ لتَعدِّيه، ويَجبُ عليه أنْ يَردَّها لصاحِبِها فورًا، ويَجبُ عليه أُجرةُ مِثلِها في مُدةِ الانتِفاعِ.

قالَ الشافِعيةُ: مِن عَوارضِ الضَّمانِ أنْ يَنتفعَ بالوَديعةِ بأنْ يَلبسَ الثَّوبَ مَثلًا أو يَركبَ الدَّابةَ خِيانةً -أي لغيرِ ما أُذنَ له فيه- فيَضمنُ لتَعدِّيه بخِلافِ نحوِ لُبسِ الصُّوفِ لدَفعِ الدُّودِ أو رُكوبِ الدَّابةِ الجَموحِ للسَّقيِ أو خَوفِ الزَّمانةِ عليها فإنَّه لا يَضمنُ.

أو يَأخذُ الثَّوبَ المُودَعَ مِن مَحلِّه ليَلبسَه أو الدَّراهمَ مِن مَحلِّها ليُنفقَها غيرَ ظانٍّ أنَّها مِلكُه، فيَضمنُ بما ذُكرَ وإنْ لَمْ يَلبسْ ولَمْ يُنفقْ؛ لاقتِرانِ الفِعلِ بنيَّةِ التَّعدِّي، فإنْ تلِفَ المَأخوذُ في يدِه ضمِنَه، فإنْ مَضَت في يدِه مُدةً بعدَ

(1) «شرح مختصر خليل» (6/ 109)، و«التاج والإكليل» (4/ 260، 261)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 122، 123)، و«تحبير المختصر» (4/ 344، 345)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 151، 152).





التَّعدِّي وجَبَ عليه أُجرةُ مِثلِ تلك المُدةِ وإنْ لمْ يَلبسْ ويُنفقْ؛ لأنَّ العَقدَ لمَّا اقترَنَ بنِيةِ التَّعدي صارَ كقَبضِ الغاصِبِ.

أما إذا أخَذَها ظانًّا أنَّها مِلكه فإنَّه لا يَضمنُها إلا إنْ انتَفعَ بها.

ولو أخَذَ بعضَ الدَّراهمِ كدِرهمٍ ضمِنَه فقط ما لمْ يَفضَّ خَتمًا أو يَكسرْ قُفلًا فإنْ ردَّه لمْ يَزُلْ ضَمانُه، حتىٰ لو تلِفَ الكلُّ ضمِنَ دِرهمًا أو ما أخَذَه، ولا يَضمنُ الباقي.

ولو نَوىٰ بعدَ قَبضِ الوَديعةِ الأَخذَ للوَديعةِ خِيانَةً أو نَوىٰ تَعييبَها ولمْ يَأخذْ ولمْ يُعيِّبْ لمْ يَضمنْ **علىٰ الصَّحيحِ المَنصوصِ**؛ لأنَّه لمْ يُحدِثْ فِعلًا ولا وضْعَ يدٍ تَعديًا، لكنَّه يَأثمُ.

والثاني: يَضمنُ كما لو نَواه ابتداءً[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ تعَدَّىٰ الوَديعُ في الوَديعةِ بانتِفاعِه بها بأنْ ركِبَ الوَديعُ الدَّابةَ المُودَعةَ لغيرِ نَفعِها -أي علَفَها وسقْيَها-، أو لبِسَ الثَّوبَ المُودَعَ لا لخَوفِ عثٍّ ونحوِه، أو أخرَجَها لا لإصلاحِها كأنْ أخرَجَها لإنفاقِها، أو أخرَجَها ليَخونَ فيها، أو أخرَجَها شَهوةً إلىٰ رُؤيتِها ثُم ردَّها إلىٰ حِرزِها بنيَّةِ الأمانةِ بطَلَت وضمِنَ؛ لتَصرُّفِه في مالِ غيرِه بغيرِ إذنِه، ووجَبَ عليه ردُّها فَورًا؛ لأنَّها أمانةٌ مَحضةٌ وقد زالَت بالتَّعدِّي، ولا تَعودُ أمانةً بغيرِ عَقدٍ جَديدٍ، كأنْ ردَّها إلىٰ صاحبِها، ثُم ردَّها صاحبُها إليه؛ لأنَّ هذا وَديعةٌ ثانيةٌ.

---

(1) «النجم الوهاج» (6/ 367، 368)، و«كنز الراغبين» (3/ 456، 457)، و«مغني المحتاج» (4/ 146، 147)، و«تحفة المحتاج» (8/ 345، 346)، و«نهاية المحتاج» (6/ 148، 149)، و«الديباج» (3/ 119).

ولا ضَمانَ علىٰ وَديعٍ بنِيةِ تَعدٍّ في الوَديعةِ، بل لا بدَّ مِن قَولٍ أو فِعلٍ لأنَّه لمْ يَخنْ فيها بقَولٍ ولا فِعلٍ فلمْ يَضمنْها كالذي لمْ يَنوِ.

ولو أخرَجَها بنيَّةِ الاستِعمالِ ولمْ يَستعملْها ضمِنَها؛ لأنَّه تعَدَّىٰ بإخراجِها أشبَهَ ما لو استَعملَها[1].

الحالَةُ الثانيَةُ: أنْ يَأذنَ له المالِكُ في استِعمالِها:

أجمَعَ أهلُ العلمِ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا أذِنَ للمُودَعِ في استِعمالِ الوَديعةِ جازَ له استِعمالُها.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمَعُوا علىٰ إباحةِ استِعمالِها بإذنِ مالِكِها[2].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا، هل تَفسدُ الوَديعةُ بذلك وتَنقلبُ عارِيةً أم تَظلُّ وَديعةً كما هي ولا ضَمانَ عليه إن تلِفَت بالاستِعمالِ المَأذونِ فيه؟

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّها تَفسدُ وتَنقلبُ عارِيةً، فإنْ تلِفَت قبلَ الاستِعمالِ لمْ يَضمنْها، وإنْ تلِفَت بعدَه ضمِنَها، وذلك لأنَّ العارِيةَ عندَهم مَضمونةٌ.

قالَ الشافِعيةُ: المُودِعُ إذا أذِنَ للمُودَعِ في استِعمالِ الوَديعةِ فاستَعملَها فهو إيداعٌ فاسِدٌ؛ لأنَّه شَرطٌ فيه ما يُنافي مُقتضىٰ العَقدِ، فلو أودَعَه بَهيمةً

(1) «المغني» (6/ 308)، و«كشاف القناع» (4/ 214)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 243، 245)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 160)، و«منار السبيل» (2/ 280).
(2) «الإجماع» (566).



وأذِنَ له في رُكوبِها أو ثَوبًا وأذِنَ له في لُبسِه فهو إيداعٌ فاسِدٌ، فلو ركِبَ أو لبِسَ صارَت عارِيةً فاسِدةً، فإذا تلِفَ قبلَ الرُّكوبِ والاستِعمالِ لم يَضمنْ كما في صَحيحِ الإيداعِ إلحاقًا لفاسِدِ الوَديعةِ بصَحيحِها في الضَّمانِ وعدَمِه، وإنْ تلِفَت بعدَه ضمِنَ كما في صَحيحِ العارِيةِ إلحاقًا لفاسِدِ العارِيةِ بصَحيحِها في الضَّمانِ وعدَمِه، ووَجهُ فَسادِ العارِيةِ في هذه الحالَةِ أنَّه لم يَجعلِ الإعارةَ فيها مَقصودةً، وإنما جعَلَها شَرطًا في مُقابلةِ الحِفظِ(1).

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ أذِنَ المالِكُ للمَدفوعِ إليه المالُ في التَّصرفِ -أي استِعمالِه- ففعَلَ واستَعملَه حسبَ الإذنِ صارَت عارِيةً مَضمونةً كالرَّهنِ إذا أذِنَ ربُّه للمُرتَهنِ في استِعمالِه، فإنْ لم يَستعملْها فهي أَمانةٌ؛ لأنَّ الانتِفاعَ غيرُ مَقصودٍ ولمْ يُوجدْ فوجَبَ تَغليبُ ما هو المَقصودُ(2).

وذهَبَ الحَنفيةُ إلى أنَّ المُودِعَ إذا أذِنَ للمُودَعِ في استِعمالِ الوَديعةِ جازَ له أنْ يَستعملَها ولا تَنقلبُ عارِيةً ولا ضَمانَ عليه إذا تلِفَت بغيرِ تعدٍّ منه ولا تَفريطٍ، وأنَّ الاستِعمالَ لا يُنافي الإيداعَ، ولذا صحَّ الأَمرُ بالحِفظِ مع الاستِعمالِ ابتداءً(3).

---

(1) «مغني المحتاج» (4/ 135)، و«تحفة المحتاج» (8/ 313)، و«نهاية المحتاج» (6/ 132).

(2) «كشاف القناع» (4/ 203).

(3) «المبسوط» (11/ 115)، و«العناية» (12/ 218)، و«مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر» (3/ 473).

وجاءَ في «مَجلَّة الأَحكامِ العَدليـةِ» وشَرحِهـا «دُرر الحُـكامِ شَرح مَجلَّـة الأَحكامِ»: «كما أنَّ للمُستودَعِ أنْ يَستعملَ الوَديعةَ بإِذنِ صاحِبِها فله أَيضًا أنْ يُؤجِّرَها ويُعيرَها ويَرهنَها، وأما إذا آجرَها أو أعارَها أو رهَنَها بدونِ إذنِ صاحِبِها لآخرَ وهلَكَت الوَديعةُ في يدِ المُستأجِرِ أو المُستعيرِ أو المُرتَهنِ أو ضاعَت أو نقَصَت قيمتُها يَكونُ المُستودَعُ ضامِنًا»، فإذا استعَملَ المُستودَعُ الوَديعةَ بإِذنِ صاحِبِها يَكونُ هذا الاستِعمالُ مِن قَبيلِ الاستِعارةِ[1]، فهي -علىٰ كلِّ حالٍ- غيرُ مَضمونةٍ، سَواءٌ كانَت وَديعةً أم عارِيةً؛ لأنَّهما أَمانةٌ عندَهم فلا يَضمنُ إلا إذا تَعدَّىٰ أو فرَّطَ.

أما المالِكيةُ فلم أَجدْ لهم نصًّا في ذلك.

إِنفاقُ الوَديعةِ:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا كانَت نُقودًا فأنفَقَها المُودَعُ أنَّه ضامِنٌ لها، نصَّ على هذا عامَّةُ الفُقهاءِ.

وجاءَ في «مَجلَّة الأَحكامِ العَدليةِ» المادَّة (787): «إذا صَرفَ المُستودَعُ نُقودُ الوَديعةِ في أُمورِ نَفسِه أو استهلَكَها ضمِنَها» إلا أنَّه إذا أنفَقَ الوَديعةَ لا لنَفسِه وإنما لنَفعٍ يَتعلَّقُ بصاحِبِ الوَديعةِ -كما لو كانَ غائبًا وكانَ له زَوجةٌ أو مَن تَلزمُه نَفقتُه ففرَضَ الحاكِمُ لهم نَفقةً مِن المالِ المُودَعِ- فصرَفَ المُودَعُ هذه النَّفقةَ بإِذنِ الحاكِمِ فلا ضَمانَ عليه، أما لو صرَفَها مِن عندِ نفسِه دونَ أَمرٍ مِن الحاكِمِ ضمِنَها، فقد جاءَ في المادَّةِ (799) مِن «مَجلَّة الأَحكامِ

(1) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 267).

العَدليةِ»: «إذا كانَ صاحِبُ الوَديعةِ غائبًا ففرَضَ الحاكِمُ مِن الدَّراهِمِ المُودعَةِ نَفقةً لمَن يَلزمُ صاحِبَ الوَديعةِ الإنفاقُ عليه بطَلبِه فصرَفَ المُستودَعُ تلك النَّفقةَ المَفروضةَ مِن الدَّراهمِ المُودعَةِ لا يَلزمُ الضَّمانُ، وأما إذا صرَفَ بدونِ أمرِ الحاكِمِ فيَضمنُ»[1].

وقالَ المالِكيةُ: يُكرَه للمُودَعِ المَليءِ أنْ يَتسلفَ الوَديعةَ التي عندَه إذا كانَت مِن النُّقودِ أو مِن المِثليَّاتِ، وأما إذا كانَ غيرُ مَليءٍ فإنَّه يَحرمُ عليه أنْ يَتسلفَ منها مُطلقًا، أي سَواءٌ كانَت مِن المِثليَّاتِ أو مِن المُقوَّماتِ[2].

وسيَأتي نصُّ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ في المَسألةِ التاليةِ.

إذا أَخذَ بعضَ نُقودِ الوَديعةِ ليُنفقَها ثُم ردَّها:

المُودَعُ إذا كانَ عندَه وَديعةٌ مِن النُّقودِ مثلًا أو المِثليَّاتِ فأخَذَ بعضَ النُّقودِ ليُنفقَها فهذا لا يَخلو مِن حالتَين:

الحالَةُ الأُولَى: أنْ يَأخذَها أو بعضَها ليُنفقَها فلمْ يَفعلْ ثُم ردَّها إلى مَوضعِها فتَضيعُ أو تَتلفُ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في الوَديعةِ تَكونُ مِن النُّقودِ فيَأخذُ المُودَعُ بَعضَها ليُنفقَها فلمْ يُنفقْها ثُم ردَّها إلى مَوضعِها فتلِفَت جَميعُها هل يَضمنُها بمُجرَّدِ الأَخذِ أم لا؟

---

(1) يُنظَر: «درر الحكام» (2/ 280)، و«مرشد الحيران» (3/ 1224).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 123)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 110، 111)، و«تحبير المختصر» (4/ 345).

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّ المُودِعَ إذا أخَذَ بعَضَ الوَديعةِ ليُنفقَها ثُم ردَّها مرَّةً ثانيةً إلىٰ مَوضعِها فلا ضَمانَ عليه.

قالَ الحَنفيةُ: لو أخَذَ بعضَ دَراهمِ الوَديعةِ ليُنفقَها فلمْ يُنفقْها ثُم ردَّها إلىٰ مَوضعِها بعدَ أيامٍ فضاعَت لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ الأَخذَ نفسَه ليسَ بإتلافٍ، ونِيةُ الإتلافِ ليسَت بإتلافٍ فلا تُوجبُ الضَّمانَ، والأَصلُ فيه ما رُوِيَ عن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**إنَّ اللهَ** تَبَارَكَ وَتَعَالَى **عزَّ شأْنُه عَفا عن أُمَّتي ما حدَّثَت به أنفُسَها ما لمْ يتكلَّموا أو يَفعَلوا**»[1]، ظاهِرُ الحَديثِ يَقتضِي أنْ يَكونَ ما حدَّثَت به النَّفسُ عَفوًا علىٰ العُمومِ إلا ما خصَّ بدَليلٍ.

قالَ الكاسانيُّ: وعلىٰ هذا إذا أودَعَه كيسًا مَسدودًا فحَلَّه المُستودَعُ أو صُندوقًا مُقفَلًا ففتَحَ القُفلَ ولمْ يَأخذْ منه شَيئًا حتىٰ ضاعَ أو ماتَ المُودَعُ فإن كانَت الوَديعةُ قائمَةً بعَينِها تُردَّ علىٰ صاحِبِها؛ لأنَّ هذا عَينُ مالِه، ومَن وجَدَ عَينَ مالِه فهو أَحقُّ به علىٰ لسانِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإنْ كانَت لا تُعرفُ بعَينِها فهي دَينٌ في تَركتِه يُحاصُّ الغُرماءَ؛ لأنَّه لمَّا ماتَ مُجهِلًا للوَديعةِ فقد أتلَفَها مَعنىً؛ لخُروجِها مِن أنْ تَكونَ مُنتفعًا بها في حَقِّ المالِكِ بالتَّجهيلِ وهو تَفسيرُ الإتلافِ[2].

---

(1) أخرجه البخاري (6287).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 213)، ويُنْظَر: «الهداية» (3/ 216)، و«العناية» (12/ 260)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 156)، و«اللباب» (1/ 646)، و«مجمع الأنهر» (3/ 473).

وقالَ المالِكيةُ: إذا أخَذَ نُقودًا مِن الوَديعةِ فلمْ يُنفقْها ثُم ردَّها إلىٰ مَكانِها ثُم ضاعَت أو سُرقَت معَ الباقي فلا ضَمانَ عليه، وكذا في كلِّ المِثليَّاتِ، وسَواءٌ أخَذَ ذلك علىٰ وجهِ السَّلفِ أو علىٰ غيرِه، وذلك لأنَّ الضَّمانَ يَتعلَّقُ بالإنفاقِ والأَخذِ، فإذا زالَ ذلك وجَبَ أنْ يَزولَ الضَّمانُ لزَوالِ سَببِه المُوجِبِ له، ولأنَّ الصَّحابةَ كانَت تَتسلَّفُ أَموالَ الأَيتامِ وتُسلِّفُها.

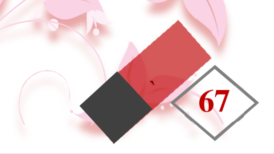
ويُقبلُ قَولُ المُودَعِ بيَمينِه أنَّه ردَّها إلىٰ مَكانِها إذا خالَفَه ربُّها، إلا إذا أَذِنَ له ربُّها في تَسلُّفِها، بأنْ يَقولَ له: «أَذِنْت لك في تَسلُّفِها أو التَّسلُّفِ منها»، أو يَقولَ له: «إنِ احتَجْت فخُذْ»، فلا يَبرأُ إلا بردِّ ما أخَذَه لربِّها؛ لأنَّ تَسلُّفَه حينَئذٍ إنما هو مِن ربِّها، فانتقَلَ مِن أَمانتِه إلىٰ ذِمتِه فصارَ كسائرِ الدُّيونِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا أخرَجَ النُّقودَ ليُنفقَها فإنَّه ضامِنٌ لها وإنْ لَمْ يُنفقْها بالفِعلِ، حتىٰ لو سُلمَت وأعادَها إلىٰ مَكانِها ثُم تلِفَت فلا يَبرأُ مِن الضَّمانِ لتَعدِّيه، ويَجبُ عليه أنْ يَردَّها لصاحِبِها فَورًا **عندَ الحَنابِلةِ**.

قالَ الشافِعيةُ: إذا أخَذَ الدَّراهمَ مِن مَحلِّها ليُنفقَها غيرَ ظانٍّ أنَّها مِلكُه ضمِنَ وإنْ ولَمْ يُنفقْ؛ لاقتِرانِ الفِعلِ بنِيةِ التَّعدي، فإنْ تلِفَ المَأخوذُ في يدِه ضمِنَه.

---

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 110، 111)، رقم (968)، و«التاج والإكليل» (4/ 263، 264)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 110، 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 124، 125)، و«تحبير المختصر» (4/ 346، 347)، و«بداية المجتهد» (2/ 234).



أما إذا أخذَها ظانًّا أنَّها مِلكُه فإنَّه لا يَضمنُها إلا إنْ انتفَعَ بها.

ولو أخَذَ بعضَ الدَّراهِمِ -كدِرهمٍ- ضمِنَه فقط ما لَمْ يَفضَّ ختمًا أو يَكسرَ قُفلًا، فإنْ ردَّه لَمْ يَزُلْ ضَمانُه، حتىٰ لو تلِفَ الكلُّ ضمِنَ دِرهمًا أو ما أخَذَه، ولا يَضمنُ الباقي.

ولو نَوىٰ بعدَ قَبضِ الوَديعةِ الأَخذَ للوَديعةِ جِنايةً ولَمْ يَأخذْ لَمْ يَضمنْ علىٰ الصَّحيحِ المَنصوصِ؛ لأنَّه لَمْ يُحدِثْ فِعلًا ولا وَضعَ يدٍ تعدِّيًا، لكنَّه يَأثمُ.

والثانِي: يَضمنُ كما لو نَواه ابتداءً[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ تَعدَّىٰ الوَديعُ في الوَديعةِ كأنْ أخرَجَ النُّقودَ لإِنفاقِها أو أخرَجَها ليَخونَ فيها أو أخرَجَها شَهوةً إلىٰ رُؤيتِها ثُم ردَّها إلىٰ حِرزِها بنيَّةِ الأَمانةِ بطَلَت، وضمِنَ لتَصرُّفِه في مالِ غيرِه بغيرِ إذنِه، ووجَبَ عليه ردُّها فَورًا لأنَّها أَمانةٌ مَحضةٌ وقد زالَت بالتَّعدِّي، ولا تَعودُ أَمانةً بغيرِ عَقدٍ جَديدٍ، كأنْ ردَّها إلىٰ صاحبِها ثُم ردَّها صاحبُها إليه؛ لأنَّ هذا وَديعةٌ ثانيةٌ.

ولا ضَمانَ علىٰ وَديعٍ بنيَّةِ تَعدٍّ في الوَديعةِ، بل لا بدَّ مِن قَولٍ أو فعلٍ؛ لأنَّه لم يَخنْ فيها بقَولٍ ولا فِعلٍ فلمْ يَضمنْها كالذي لمْ ينوِ.

(1) «النجم الوهاج» (6/ 367، 368)، و«كنز الراغبين» (3/ 456، 457)، و«مغني المحتاج» (4/ 146، 147)، و«تحفة المحتاج» (8/ 345، 346)، و«نهاية المحتاج» (6/ 148، 149)، و«الديباج» (3/ 119).



ولو أخرَجَها بنِيةِ الإنفاقِ ولَمْ يُنفقْها ضمِنَها؛ لأنَّه تعدَّىٰ بإخراجِها أشبهَ ما لو أنفقَها[1].

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَن أودعَ شَيئًا فأخَذَ بعضَه لزِمَه ضَمانُ ما أخَذَ، فإنْ ردَّه أو مِثلَه لمْ يَزُلِ الضَّمانُ عنه، وبهذا قالَ الشَّافِعيُّ.

وقالَ مالكٌ: لا ضَمانَ عليه إذا ردَّه أو مِثلَه.

وقالَ أصحابُ الرَّأيِ: إنْ لمْ يُنفقْ ما أخَذَه وردَّ لمْ يَضمنْ، وإنْ أنفقَه ثُم ردَّه أو مِثلَه ضمِنَ.

ولنا: أنَّ الضَّمانَ تعلَّقَ بذمَّتِه بالأَخذِ، بدَليلِ أنَّه لو تلِفَ في يدِه قبلَ ردِّه ضمِنَه، فلا يَزولُ إلا بردِّه إلىٰ صاحبِه كالمَغصوبِ، فأما سائِرُ الوَديعةِ فيُنظرُ فيه، فإنْ كانَ في كِيسٍ مَختومٍ أو مَشدودٍ فكُسرَ الخَتمُ أو حُلَّ الشَّدُّ ضمِنَ، سَواءٌ أُخرجَ منه أو لمْ يُخرَجْ؛ لأنَّه هتَكَ الحِرزَ بفِعلٍ تَعدَّىٰ به، وإنْ خرَقَ الكِيسَ فوقَ الشَّدِّ فعليه ضَمانُ ما خرَقَ خاصَّةً؛ لأنَّه ما هتَكَ الحِرزَ، وإنْ لمْ تكُنِ الدَّراهمُ في كِيسٍ أو كانَت في كيسٍ غيرِ مَشدودٍ أو كانَت ثِيابًا فأخَذَ منها واحدًا ثُم ردَّه بعَينِه لمْ يَضمنْ غيرَه؛ لأنَّه لمْ يَتعدَّ في غيرِه، وإنْ ردَّ بَدلَه وكانَ مُتميزًا لمْ يَضمنْ غيرَه لذلك، وإنْ لمْ يَكنْ مُتميِّزًا فظاهِرُ كَلامِ الخِرقيِّ هاهنا أنَّه لا يَضمنُ غيرَه؛ لأنَّ التَّعدِّيَ اختصَّ به فيَختصُّ الضَّمانُ به، وخَلْطُ

---

(1) «المغني» (6/ 308)، و«كشاف القناع» (4/ 214)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 243، 245)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 160)، و«منار السبيل» (2/ 280).

المَردودِ بغيرِه لا يَقتضي الضَّمانَ؛ لأنَّه يَجبُ ردُّه معَها، فلَمْ يُفوِّتْ على نفسِه إمكانَ ردِّها بخِلافِ ما إذا خلَطَه بغيرِه.

ولو أذِنَ له صاحِبُ الوَديعةِ في الأَخذِ منها ولَمْ يَأمرْه بردِّ بَدلِه فأخَذَ ثُم ردَّ بَدلَ ما أخَذَ فهو كردِّ بَدلِ ما لَمْ يُؤذنْ في أَخذِه.

وقالَ القاضِي: يَضمنُ الكلَّ، وهو قَولُ الشافِعيِّ؛ لأنَّه خلَطَ الوَديعةَ بما لا يَتميزُ منها فضمِنَ الكلَّ، كما لو خلَطَها بغيرِ البَدلِ، وقد ذكَرْنا فَرقًا بينَ البَدلِ وغيرِه فلا يَصحُّ القِياسُ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: إذا كسَرَ خَتمَ الكِيسِ لَمْ يَلزمْه ضَمانُ الوَديعةِ؛ لأنَّه لَمْ يَتعدَّ في غيرِه.

ولنا: أنَّه هتَكَ حِرزَها فضمِنَها إذا تلِفَت، كما لو أودَعَه إيَّاها في صُندوقٍ مُقفلٍ ففتَحَه وترَكَه مَفتوحًا، ولا نُسلِّمُ أنَّه لَمْ يَتعدَّ في غيرِ الخَتمِ [1].

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَأخذَها أو بَعضَها ثُم يُنفقَها ثُم يَردُّ بَدلَها إلى مَوضعِها ثُم تَتلفُ أو تُسرقُ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المُودَعِ إذا أخَذَ بعضَ دَراهمِ الوَديعةِ فأنفَقَها، هل يَضمنُ الجَميعَ أم المَأخوذَ فقط؟ فهذا لا يَخلو مِن حالتَينِ أيضًا:

الحالةُ الأُولى: أنْ يَردَّ مِثلَها ثُم تَضيعُ أو تُسرقُ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو أخَذَ المُودَعُ بعضَ الدَّراهمِ مِن الوَديعةِ وأنفَقَها

(1) «المغني» (6/ 310، 311).



ثُم ردَّ مِثلَها إلىٰ مَوضعِها ثُم ضاعَت أو سُرقَت معَ الباقِي، فهل يَضمنُ الجَميعُ أم يَضمنُ ما أخَذَ فقط؟

فذهَبَ المالِكيةُ إلىٰ أنَّه إذا أخَذَ نُقودًا مِن الوَديعةِ فأنفَقَها ثُم ردَّها إلىٰ مَكانِها ثُم ضاعَت أو سُرقَت معَ الباقي فلا ضَمانَ عليه، وكذا في كلِّ المِثليَّاتِ، وسَواءٌ أخَذَ ذلك علىٰ وَجهِ السَّلفِ أو علىٰ غيرِه، وذلك لأنَّ الضَّمانَ يَتعلَّقُ بالإنفاقِ والأخذِ، فإذا زالَ ذلك وجَبَ أنْ يَزولَ الضَّمانُ لزَوالِ سَببِه المُوجِبِ له، ولأنَّ الصَّحابةَ كانَت تَتسلَّفُ أموالَ الأيتامِ وتُسلِّفُها.

ويُقبلُ قَولُ المُودَعِ بيَمينِه أنَّه ردَّها إلىٰ مَكانِها إذا خالَفَه ربُّها، إلا إذا أذِنَ له ربُّها في تَسلُّفِها بأنْ يَقولَ له: أذِنْت لك في تَسلُّفِها أو التَّسلُّفِ منها، أو يَقولُ له: إنِ احتَجْت فخُذْ، فلا يَبرأُ إلا بردِّ ما أخَذَه لربِّها؛ لأنَّ تَسلُّفَه حينَئذٍ إنما هو مِن ربِّها فانتَقَل مِن أمانتِه إلىٰ ذِمتِه فصارَ كسائرِ الدُّيونِ[1].

فقد جاءَ في «المُدوَّنة» تحتَ بابِ: «فيمَن استُودِعَ دَراهمَ أو حِنطةً فأنفَقَها ثُم تلِفَت وقد ردَّ مِثلَ ما أنفَقَ أو لَمْ يَردَّ»:

قلْت: أرأَيتَ لو أنِّي استودَعْت عندَ رجلٍ دَراهمَ وحِنطةً فأَنفقَ بعضَ

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 110، 111)، رقم (968)، و«التاج والإكليل» (4/ 263، 264)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 110، 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 124، 125)، و«تحبير المختصر» (4/ 346، 347)، و«بداية المجتهد» (2/ 234).

الدَّراهمِ أو أكَلَ بعضَ الحِنطةِ، أيكونُ ضامنًا لجَميعِ الحِنطةِ وجَميعِ الدَّراهمِ أم لا في قَولِ مالكٍ؟

قالَ: لا يَكونُ ضامنًا إلا لمَا أكَلَ أو لمَا أنفقَ، وما سِوىٰ ذلك لا يَكونُ ضامنًا له.

قلْتُ: فإنْ ردَّ مِثلَ الحِنطةِ التي أكَلَها في الوَديعةِ ومِثلَ الدَّراهمِ التي أنفَقَها في الوَديعةِ، أيَسقطُ عنه الضَّمانُ أم لا في قَولِ مالكٍ؟

قالَ: قالَ مالكٌ: نَعم يَسقطُ عنه الضَّمانُ في الدَّراهمِ، والحِنطةِ عندي بمَنزلتِها.

قلْتُ: أفيَكونُ القَولُ قَولَه في أنَّه قد ردَّ ذلك في الوَديعةِ؟

قالَ: نَعم، كذلك قالَ مالكٌ.

قلْتُ: ولِمَ جعَلَ مالكٌ القَولُ قَولَه؟

قالَ: ألَا تَرىٰ أنَّه لو قالَ: «لَمْ آخذْ منها قَليلًا ولا كَثيرًا» أو قالَ: «قد تلِفَت» كانَ القَولُ قَولَه.

قلْتُ: أرأَيتَ إنْ كانَ قد تَسلَّفَ الوَديعةَ كلَّها فردَّ مِثلَها مَكانَها أيَبرأُ مِن الضَّمانِ في قَولِ مالكٍ؟

قالَ: نَعم، كذلك قالَ لي مالكٌ في الدَّراهمِ، فالوَدائعُ كلُّها مِثلُ هذا إذا ردَّ مِثلَها إذا كانَ يَقدرُ علىٰ مِثلِها مِثلَ الكَيلِ أو الوَزنِ في رَأيي[1].

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 147).

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ إلى أنَّ المُودَعَ إذا أنفَقَ بعضَ الوَديعةِ ثُم ردَّ مِثلَ ما أنفقَه فإنْ ردَّه وخلَطَها بالباقِي ولَمْ يَتميزْ عنها ثُم تلِفَت ضمِنَ الجَميعَ؛ لأنَّه جُعلَ مُتلِفًا لها بإنفاقِ بعضِها وخَلطِ مالِها بمالِه؛ لأنَّ المِثلَ الذي دفعَه هو مالُه، والخَلطُ بمَعنى الاستهلاكِ.

وإنْ ردَّها وتَميزَت عن باقي الدَّراهمِ فلا ضَمانَ عليه فلا ضَمانَ إلا فيما أخَذَه، على التَّفصيلِ التَّالي:

قالَ الحَنفيةُ: إنْ أنفَقَ المُودَعُ بعضَ الوَديعةِ ثُم ردَّ مِثلَ ما أنفقَه فخلَطَ المَردودَ بالباقِي ثُم هلَكَت ضمِنَ جَميعَ الوَديعةِ؛ لأنَّه جُعلَ مُتلِفًا لها بإنفاقِ بعضِها، وخَلطِ باقيها بمالِه؛ لأنَّ المِثلَ الذي دفعَه هو مالُه، والخَلطُ بمَعنى الاستهلاكِ.[1]

وقالَ الشافِعيةُ: إذا أخَذَ دَراهمَ مِن الوَديعةِ وردَّ بَدلَه إليها فإنْ لَمْ يَتميزْ عنها ضمِنَ الجَميعَ لخَلطِه الوَديعةَ بمالِ نفسِه، وإنِ تميَّزَ عنها فالباقي غيرُ مَضمونٍ عليه، وإنْ تميَّزَ عن بعضِها لمُخالفتِه له بصِفةٍ كسَوادٍ وبَياضٍ وسِكةٍ ضمِنَ ما لا يَتميزُ خاصَّةً، فلو ردَّه بعَينِه إليها لَمْ يَضمنْ سِواه مِن بَقيةِ الدَّراهمِ وإنْ تلِفَت كلُّها أو لَمْ يَتميزْ هو عنها لاختِلاطِه بها؛ لأنَّ هذا الخَلطَ كانَ حاصلًا قبلَ الأخذِ، وإنْ تلِفَ نِصفُها ضمِنَ نِصفَه -أي نِصفَ الدَّراهمِ

(1) «الهداية» (3/ 216)، و«العناية» (12/ 260)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 156)، و«اللباب» (1/ 646)، و«مجمع الأنهر» (3/ 473).

فقط- هذا كلُّه إذا لَمْ يَفضَّ خَتمًا أو قُفلًا علىٰ الدَّراهِم، فإنْ فَضَّه ضمِنَ الجَميعَ بِناءً علىٰ أنَّ الفَضَّ يَقتضي الضَّمانَ[1].

وجاءَ في «الأُمِّ» للإمامِ الشافِعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ قالَ: وإذا استَودعَ الرَّجلُ الرَّجلَ دَنانيرَ أو دَراهمَ فأخَذَ منها دِينارًا أو دِرهمًا ثُم ردَّ مَكانَه بَدلَه فإنْ كانَ الذي ردَّ مَكانَه يَتميزُ مِن دَنانيرِه ودَراهِمِه فضاعَت الدَّنانيرُ كلُّها ضمِنَ ما تَسلَّفَ فقط، وإنْ كانَ الذي وُضعَ بَدلًا مما أخَذَ لا يَتميزُ ولا يُعرفُ فتلِفَت الدَّنانيرُ ضمِنَها كلَّها[2].

وذهَبَ الحَنابِلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه إنْ أخَذَ مِن الوَديعةِ دَراهمَ فأنفَقَها ثُم ردَّها ثُم تلِفَت كلُّ الوَديعةِ أو سُرقَت فلا ضَمانَ عليه إلا في القَدرِ الذي أخَذَه فقط؛ لأنَّه مُتعدٍّ بأَخذِه فلا يَضمنُ غيرَه.

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَسألةٌ: قالَ: (أي الخِرقيُّ): مَن أودعَ شَيئًا فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه أو مثلَه فضاعَ الكلُّ لزِمَه مِقدارُ ما أخَذَ...

وإنْ ردَّ بَدلَه وكانَ مُتميزًا لَمْ يَضمنْ غيرَه لذلك، وإنْ لَمْ يَكنْ مُتميزًا فظاهرُ كَلامِ الخِرقيِّ هاهنا أنَّه لا يَضمنُ غيرَه؛ لأنَّ التَّعدِّي اختصَّ به فيَختصُّ الضَّمانُ به، وخَلطُ المَردودِ بغيرِه لا يَقتضي الضَّمانَ؛ لأنَّه يَجبُ ردُّه معَها فلَمْ يُفوِّتْ علىٰ نَفسِه إمكانَ ردِّها بخِلافِ ما إذا خلَطَه بغيرِه.

(1) «أسنىٰ المطالب» (3/ 80)، و«مغني المحتاج» (4/ 147).
(2) «الأم» (4/ 137).



وقالَ القاضِي: يَضمنُ الكلَّ، وهو قَولُ الشافِعيِّ؛ لأنَّه خلَطَ الوَديعةَ بما لا يَتميزُ منها فضمِنَ الكلَّ كما لو خلَطَها بغيرِ البَدلِ، وقد ذكَرْنا فَرقًا بينَ البَدلِ وغيرِه فلا يَصحُّ القِياسُ [1].

وقالَ الزَّركشيُّ: قالَ (أي الخِرقيُّ): ومَن أُودِعَ شَيئًا فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه أو مثلَه فضاعَ الكلُّ، لزِمَه مِقدارُ ما أخَذَ.

ش: إذا أودَعَ إنسانٌ إنسانًا شَيئًا، فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه، فضاعَ الجَميعُ أو تلِفَ لزِمَه مِقدارُ ما أخَذَ فقط؛ لأنَّه القَدرُ الذي تَعدَّىٰ فيه، هذا هو المَشهورُ مِن الرِّوايتينِ، حتىٰ إنَّ القاضِي في تَعليقِه وأبا البَركاتِ وأبا مُحمدٍ في «الكافِي» و«المُغني» لم يَذكُروا غيرَها.

(والرِّوايةُ الثانِيةُ): يَضمنُ الجَميعَ، حَكاها صاحِبُ التَّلخيصِ وغيرُه؛ لأنَّها وَديعةٌ قد تَعدىٰ فيها فضمِنَها، كما لو أخَذَ الجَميعَ، انتهىٰ.

وإنْ لَمْ يَردَّ ما أخَذَ بل ردَّ بَدلَه، فللأَصحابِ في ذلك طُرقٌ:

(إِحداها): أنَّه لا يَلزمُه إلا مِقدارُ ما أخَذَ، سَواءٌ كانَ البَدلُ مُتميزًا أو غيرَ مُتميزٍ، وهذا مُقتضىٰ كَلامُ الخِرقيِّ، وبه قطَعَ القاضِي في التَّعليقِ، وذكَرَ نصَّ أَحمدَ علىٰ ذلك مِن رِوايةِ الجَماعةِ، وحَكي عنه مِن رِوايةِ الأَثرمِ أنَّه أنكَرَ القَولَ بتَضمينِ الجَميعِ، وأنَّه قالَ: إنَّه قَولُ سُوءٍ، وذلك لأنَّ الضَّمانَ مَنوطٌ بالتَّعدِّي، والتَّعدِّي إنما حصَلَ في المَأخوذِ، فيَختصُّ الضَّمانُ به.

---

(1) «المغني» (6/ 310، 311).

(الطَّريقـةُ الثانِيـةُ): أنَّـه إنْ تَميـزَ البَـدلُ ضـمِنَ قَـدرَ مـا أخَـذَ فقـط، وإنْ لَمْ يَتميزْ فعلىٰ رِوايتينِ، وهـذه طَريقـةُ أَبـي مُحمدٍ في «المُغني» و«الكـافِي» وأَبي البَركاتِ.

(الطَّريقةُ الثالِثةُ): أنَّ المَسألةَ علىٰ رِوايتينِ فيهما، وهي ظاهِرُ كَلامِ أَبي الخَطابِ في «الهِدايةِ».

(الطَّريقةُ الرَّابعةُ): أنَّه إنْ تَميزَ البَدلُ فعلىٰ رِوايتينِ، وإنْ لَمْ يَتميزْ ضمِنَ الجَميعَ رِوايةً واحدةً، قالَها صـاحِبُ التَّلخيصِ، ويَقـربُ مِـن هـذه الطَّريقـةِ قَولُ أَبي مُحمدٍ في «المُقنع» وكلامُ القاضِي علىٰ ما حَكىٰ عنه أَبو مُحمدٍ في «المُغني» ومَبنىٰ هذه الطَّريقةِ علىٰ أنَّ المَردودَ باقٍ علىٰ مِلكِه، فقد خلَـطَ مِلكَه بالوَديعةِ، فيَجري فيه ما تَقدَّمَ، وقد فرَّقَ أَبو مُحمدٍ بأنَّ المَردودَ يَجبُ ردُّه معَ الوَديعةِ، فلمْ يُفوِّتْ علىٰ نَفسِه إِمكـانَ الـردِّ بخِلافِ ثَـمَّ، فإنَّه فـوَّتَ علىٰ نَفسِه إِمكانَ ردِّ الوَديعةِ، وقد يُقالُ: مُسلَّمٌ أنَّه يَجبُ عليه الـردُّ، لكـنْ لا يَجبُ عليه ردُّ هذا المَخلوطِ بعَينِه، فهو باقٍ علىٰ مِلكِه، فإذا خلَطَه بالوَديعةِ ولـمْ يَتميزْ فقد فوَّتَ علىٰ نَفسِه إِمكانَ ردِّ باقِيها، وبالجُملةِ هذه الطَّريقةُ وإنْ كانـتَ حَسـنةً لكنَّها مُخالفـةٌ لنُصـوصِ أَحمـدَ، وقـد يُقـالُ: إنَّ نُصوصَـه هنا مُقوِّيةٌ لرِوايةِ البَغويِّ.

واعلمْ أنَّ شَرطَ هذه المَسألةِ عندَ أَبي مُحمدٍ وأَبي البَركـاتِ أنْ تكـونَ الـدَّراهمُ ونحوُهـا غيـرَ مَختومـةٍ ولا مَشـدودةٍ، أمـا إنْ كانـت مَختومـةً أو مَشدودةً فحَلَّ الشَّـدَّ، أو فَكَّ الخَتمَ، فإنَّه يَضمنُ الجَميعَ بـلا نِـزاعٍ لتَهتكِ



الحِرزِ، وهذا الصَّحيحُ عندَ القاضِي، وقالَ: إنَّه قِياسُ قَولِ الأَصحابِ فيما إذا فتَحَ قَفصًا عن طائِرٍ فطارَ، ولَمْ يُذكرْ عن أَحمدَ بذلك نصًّا، ونقَلَ مُهنَّا عن أَحمدَ ما يَقتضي أنَّه لا يَضمنُ إلا ما أخَذَ، فقالَ في رَجلٍ استودَعَ رَجلًا عَشرةَ دَنانيرَ في صُرةٍ فأخَذَ منها المُستودَعُ دِينارًا فأنفَذَه ثُم ردَّ مَكانَه دِينارًا فضاعَت العَشرةُ، يَغرمُ الدِّينارَ وليسَ عليه التِّسعةُ، وفي «التَّلخيص» أَيضًا أنَّ البَغويَّ رَوىٰ عن أَحمدَ ما يَدلُّ علىٰ ذلك، ويَنبني علىٰ ذلك لو خرَقَ الكِيسَ فإنْ كانَ مِن فوقِ الشَّدِّ لَمْ يَضمنْ إلا أَرشَ الخَرقِ فقط، وإنْ كانَ مِن تحتِ الشَّدِّ ضمِنَ الجَميعَ، علىٰ المَشهورِ عندَ الأَصحابِ.

وقُوةُ كَلامِ الخِرقيِّ تَقتضي أنَّه لا يَضمنُ بمُجرَّدِ نيةِ التَّعدِّي، وهو المَذهبُ المَجزومُ به، لرَفعِ المُؤاخذَةِ عن ذلك ما لَمْ يَتكلَّمْ أو يَعملْ، ولهذا لو أخرَجَه إلىٰ السُّوقِ بنِيةِ الإِنفاقِ ثُم ردَّها ضمِنَها علىٰ أَصحِّ الوَجهينِ؛ لوُجودِ العَملِ، قالَ القاضِي: وقد قيلَ: إنَّه يَضمنُ بالنِّيةِ؛ لاقتِرانِها بالإِمساكِ وهو فِعلٌ، وقد يَنبني هذا الوَجهُ علىٰ أنَّ الذي لا يُؤاخذُ به هو الهَمُّ، أما العَزمُ فيُؤاخذُ به علىٰ أَحدِ القَولينِ، واللهُ أَعلمُ[1].

وقالَ الإِمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا فيما إذا أخرَجَ المُودَعُ مِن الوَديعةِ شَيئًا علىٰ نِيةِ الجِنايةِ فأنفَقَه، ثُم إنَّه ثابَ إليه إِيمانُه فأَعادَ مِثلَه ثُم تلِفَت الوَديعةُ.

(1) «شرح الزركشي» (2/ 300، 302).

فقالَ أَبو حَنيفةَ: إنْ ردَّه بعَينِه لَمْ يَضمنْ، وإنْ ردَّ مِثلَه وهو يَتميزُ مِن الباقِي فتلِفَت الوَديعةُ كلُّها ضمِنَ بمِقدارِ ما كانَ أَخذَ، وإنْ كانَ الذي أعادَه لا يَتميزُ مِن الباقِي فتلِفَت الوَديعةُ ضمِنَ الجَميعَ.

وقالَ مالكٌ: إنْ ردَّها بعَينِها أو مِثلَها إنْ كانَ لها مِثلٌ لَمْ يَضمنْ، وعنه أنَّه يَضمنُ.

وقالَ الشافِعيُّ: يَضمنُ علىٰ كلِّ حالٍ.

وقالَ أَحمدُ فيما رَواه الخِرقيُّ: يَضمنُ بقَدرِ ما كانَ أَخذَ، وإنْ كانَ ردَّه أو مِثلَه[1].

الحالةُ الثانِيةُ: أنْ يَسرقَ الباقِي قبلَ أنْ يَردَّ ما أخَذَه أو يَردَّ مِثلَه:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو أخَذَ المُودَعُ بعضًا مِن الدَّراهمِ المُودعَةِ عندَه ثُم سُرقَ الباقِي قبلَ أنْ يَردَّ ما أخَذَه أو مِثلَه، هل يَضمنُ جَميعَ الوَديعةِ (ما أخَذَه وما سُرقَ)؟ أم لا يَضمنُ إلا ما سُرقَ فقط؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا أخَذَ بعضَ الدَّراهمِ مِن الوَديعةِ وأنفَقَها ثُم تلِفَ الباقِي أو سُرقَ قبلَ أنْ يَردَّ ما أخذَه ضمِنَ ما أَخذَ فقط، ولا ضَمانَ عليه في الباقِي، بل يَضمنُ ما أنفَقَ فقط ولا يَضمنُ الكلَّ؛ لأنَّ الضَّمانَ يَجبُ بقَدرِ الخِيانةِ، وقد خانَ في البَعضِ دونَ البَعضِ، ولأنَّه في الباقِي حافِظٌ للمِلكِ،

(1) «الإفصاح» (2/ 8).



وبما أنفَقَ لَمْ يَتعيَّبِ الباقِي، فهو كما لو أودَعَه وَديعتَينِ فأنفَقَ أَحدَهما، لا يَكونُ ضامِنًا في الأُخرَىٰ، ويُعملُ بقَولِه في الإنفاقِ بيَمينِه[1].

وذهَبَ الحَنابلةُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه إذا أودَعَ إنسانٌ إنسانًا شَيئًا، فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه فضاعَ الجَميعُ أو تلِفَ لزِمَه ضَمانُ الجَميعِ؛ لأنَّها وَديعةٌ قد تَعدَّىٰ فيها فضمِنَهَا، كما لو أخَذَ الجَميعُ.

قالَ الزَّركشيُّ: قالَ -أي الخِرقيُّ-: ومَن أُودعَ شَيئًا فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه أو مِثلَه فضاعَ الكلُّ، لزِمَه مِقدارُ ما أخَذَ.

ش: إذا أودَعَ إنسانٌ إنسانًا شَيئًا، فأخَذَ بعضَه ثُم ردَّه، فضاعَ الجَميعُ أو تلِفَ، لزِمَه مِقدارُ ما أخَذَ فقط؛ لأنَّه القَدرُ الذي تَعدَّىٰ فيه، هذا هو المَشهورُ مِن الرِّوايتَينِ، حتىٰ إنَّ القاضِي في تَعليقِه وأَبا البَركاتِ وأَبا مُحمدٍ في «الكافِي» و«المُغني»، لَمْ يَذكروا غيرَها.

---

(1) «الهداية» (3/ 216)، و«العناية» (12/ 260)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 156)، و«اللباب» (1/ 646)، و«مجمع الأنهر» (3/ 473)، و«التاج والإكليل» (4/ 263، 264)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 110، 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 124، 125)، و«تحبير المختصر» (4/ 346، 347)، و«النجم الوهاج» (6/ 367، 368)، و«كنز الراغبين» (3/ 456، 457)، و«مغني المحتاج» (4/ 146، 147)، و«تحفة المحتاج» (8/ 345، 346)، و«نهاية المحتاج» (6/ 148، 149)، و«الديباج» (3/ 119)، و«المغني» (6/ 308)، و«كشاف القناع» (4/ 214)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 243، 245)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 160)، و«منار السبيل» (2/ 280).

(والرِّوايةُ الثانيةُ): يَضمنُ الجَميعَ، حَكاها صاحِبُ «التَّلخيصِ» وغيرُه؛ لأنَّها وَديعةٌ قد تَعدَّىٰ فيها فضمِنَها، كما لو أخَذَ الجَميعَ انتهىٰ[1].

فإذا كانَ يَضمنُ مع أنَّه ردَّ ما أخذَه فمِن بابِ أَولىٰ إذا لَمْ يَردَّ ما أَخذَه ثُم تلِفَ باقي الوَديعةِ فإنَّه يَضمنُ الجَميعَ.

التِّجارةُ بالوَديعةِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في المُودَعِ يَكونُ عندَه وَديعةً مِن النُّقودِ فيَأخذُها ويُتاجرُ بها، هل يَجوزُ له ذلك أم لا؟ بعدَ اتِّفاقِهم علىٰ أنَّه إذا أخَذَ مالَ الوَديعةِ وتاجَرَ به أنَّه ضامِنٌ لهذا المالِ؛ لأنَّه مُتعدٍّ فيها بغيرِ إذنِ صاحبِها فيَضمنُ.

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ له أنْ يَأخذَ مالَ الوَديعةِ ويُتاجرُ به؛ لأنَّه أَمانةٌ عندَه[2].

وأما المالِكيةُ فعندَهم قَولانِ:

أَحدُهما: أنَّه تَحرمُ التِّجارةُ بالوَديعةِ بغيرِ إِذنِ ربِّها مُطلقًا.

والثاني: يُكرَه التِّجارةُ بالوَديعةِ بغيرِ إِذنِ ربِّها إذا كانَ المُودَعُ مَليئًا وكانَت مِن المِثلياتِ كالنُّقودِ، وأما إنْ كانَ المُودَعُ مُعدمًا أو كانَت مِن المُقوَّماتِ فتَحرمُ التِّجارةُ بها بغيرِ إذنِ ربِّها، سَواءٌ كانَ المُودَعُ مَليئًا أو مُعدمًا.

---

(1) «شرح الزركشي» (2/ 300، 301).

(2) «الحاوي الكبير» (5/ 361).

وعلىٰ كلا القولَين يَكونُ الرِّبحُ الحاصِلُ مِن التِّجارةِ بعدَ البَيعِ للمُودَعِ؛ لأنَّه ضامِنٌ للمالِ حتىٰ يُؤدِّيه إلىٰ صاحبِه، ولأنَّه إذا ردَّ المالَ فقد طابَ له الرِّبحُ وليسَ عليه أنْ يَتصدَّقَ به.

قالَ الحَطابُ: ونصُّ «المُدوَّنة»: ومَن أودَعْته مالًا فاتَّجرَ به فالرِّبحُ له، وليسَ عليه أنْ يَتصدَّقَ بالرِّبحِ، ويُكرَه التِّجارةُ بالوَديعةِ.

قالَ أَبو الحَسنِ الصَّغيرُ: وكذلك الوَصيُّ يَتجرَ بمالِ الأَيتامِ أنَّ الرِّبحَ له، بخِلافِ المُبضِعِ معَه والمُقارِضِ.

قالَ عَبدُ الحَقِّ: الفَرقُ بينَهما أنَّ المُبضِعَ معَه والمُقارِضَ إنما دفَعَ المالَ إليهما علىٰ طَلَبِ الفَضلِ فيه فليسَ لهما أنْ يَجعلا ذلك لأنفسِهما دونَ ربِّ المالِ، والمُودَعُ لَمْ يَدخلْ علىٰ طَلَبِ الفَضلِ وإنما أرادَ حِفظَها له، فله أَصلُ المالِ دونَ الرِّبحِ، صحَّ مِن «النُّكت» الشَّيخُ، والوَصيُّ أَيضًا إنما عليه حِفظُ مالِ اليَتيمِ انتهىٰ.

وفي «المُدوَّنة» ومَن أبضَعَ معه بِضاعةٍ يَشتري بها شَيئًا اتَّجرَ فيها فإنْ تلِفَت ضمِنَ وإنْ ربِحَ فالرِّبحُ للمالِكِ، بخِلافِ الوَديعةِ؛ لأنَّ المُبضِعَ طلَبَ الرِّبحَ، فليسَ للمُبضِعِ معَه قَطعُه عنه ونَقلُه إلىٰ مِلكِه، فإنْ تلِفَ المالُ ضمِنَ بتَعدِّيه، والمُودِعُ إنما قصَدَ الحِفظَ فقط، فلَمْ يَكنْ له مِن الرِّبحِ شيءٌ. انتهىٰ.

وفي أَولِ كِتابِ القِراضِ مِن «المُنتقىٰ» ما نصُّه: ولَمْ يَختلفْ أَصحابُنا أنَّ المُبضِعَ معَه المالُ يَبتاعُ به لنَفسِه أنَّ صاحِبَ المالِ مُخيَّرٌ بينَ أنْ يَأخذَ ما

ابتاعَ به لنَفسِه أو يُضمِّنه رَأسَ المالِ؛ لأنَّه إنما دفَعَ إليه المالَ علىٰ النِّيابةِ عنه في عَرضِه وابتِياعِ ما أمَرَه به، فكانَ أحَقَّ بما ابتاعَه.

وهذا إذا ظفَرَ بالأمرِ قبلَ بَيعِ ما ابتاعَه، فإنْ فاتَ ما ابتاعَه به فإنَّ رِبحَه لربِّ المالِ، وخِسارَتَه علىٰ المُبضِعِ معَه انتهىٰ[1].

وقد اختَلفَ الفُقهاءُ في الرِّبحِ الحاصِلِ مِن التِّجارةِ، هل يَطيبُ للمُودَعِ أم لا؟ أم يَقتسمانِه؟ أم يَجبُ التَّصدُّقُ به؟ أم يَكونُ الرِّبحُ لبَيتِ المالِ؟ علىٰ أقوالٍ:

القَولُ الأَولُ: أنَّ الرِّبحَ الحاصِلَ مِن التِّجارةِ بعدَ البَيعِ للمُودَعِ؛ لأنَّه ضامِنٌ للمالِ حتىٰ يُؤدِّيَه إلىٰ صاحبِه، وشَرطُ الطِّيبِ الضَّمانُ وقد وُجدَ، ولأنَّه إذا ردَّ المالَ فقد طابَ له الرِّبحُ وليسَ عليه أنْ يَتصدَّقَ به.

وهذا مَذهبُ المالِكيةِ وأَبي يُوسفَ مِن الحَنفيةِ وأَحمدَ في رِوايةٍ، وهو قَولُ شُريحٍ القاضِي والحَسنِ البَصريِّ والشَّعبيِّ ويَحيى الأَنصاريِّ ورَبيعةَ والثَّوريِّ واللَّيثِ.

قالَ الإمامُ ابنُ بَطالٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأَصحُّ هذه الأَقوالِ قَولُ مَن رَأىٰ أنَّ الرِّبحَ للغاصِبِ والمُتعدِّي، والحُجةُ له أنَّ العَينَ قد صارَ في ذِمتِه، وهو

(1) «مواهب الجليل» (7/ 229، 230)، و«الذخيرة» (9/ 178)، و«التاج والإكليل» (4/ 262، 263)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 123، 124)، و«تحبير المختصر» (4/ 346)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 154).

وغيرُه مِن مالِه سَواءٌ؛ إذ لا غَرَضَ للناسِ في أَعيانِ الدَّنانيرِ والدَّراهِمِ، وإنما غَرَضُهم في تَصرُّفِهم فيها، ولو غصَبَها مِن رَجلٍ ثُم أرادَ أنْ يَدفعَ إليه غيرَها مِثلَها وهي قائمةٌ بيدِه، لكانَ له ذلك علىٰ أَصلِ قَولِ مالكٍ، فإذا كانَ له أنْ يَدفعَ إليه غيرَها فرِبحُها له، وحَديثُ البابِ حُجةٌ لذلك، ألَا تَرىٰ أنَّ الأَجيرَ حيثُ قالَ له مَن أجَّرَه: «**كلُّ ما ترىٰ مِن الإبلِ والبَقرِ والغَنمِ والرَّقيقِ مِن أَجرِك، قالَ له: أتَستَهزِئُ بي؟**»[(1)]؟ فدلَّ هذا أنَّ السُّنةَ كانَت عندَهم أنَّ الرِّبحَ للمُتعدِّي العامِلِ، وأنَّه لا حقَّ فيه لربِّ رَأسِ المالِ، وأخبَرَ بذلك النَّبيُّ فأقرَّه ولمْ يَنسخْه.

وقد رُويَ عن عُمرَ بنِ الخَطابِ ما يَدلُّ علىٰ أنَّ الرِّبحَ له بالضَّمانِ، رَوىٰ مالكٌ في المُوطَّأ: «أنَّ أَبا مُوسىٰ أسلَفَ عبدَ اللهِ وعُبيدَ اللهِ ابنَيْ عُمرَ مِن بَيتِ المالِ، فاشتَرَيا به مَتاعًا وحمَلاه إلىٰ المَدينةِ فربِحا فيه، فقالَ عُمرُ: أدِّيا المالَ ورِبحَه، فقالَ عُبيدُ اللهِ: ما يَنبغي لك هذا، لو هلَكَ المالُ أو نقَصَ ضمِنَّاه، فقالَ رَجلٌ: لو جعَلْتَه قِراضًا يا أَميرَ المُؤمنينَ. قالَ: نعم. فأخَذَ منهما نِصفَ الرِّبحِ»، فلمْ يُنكرْ عُمرُ قَولَ ابنِه: لو هلَكَ المالُ أو نقَصَ ضمِنَّاه، فلذلك طابَ له رِبحُه، ولا أنكَرَه أَحدٌ مِن الصَّحابةِ بحَضرتِه[(2)].

---

(1) هذا الحديثُ رواه الإمامُ البُخاريُّ في صَحيحِه وعنوَنَ عليه: بابُ مَن استأْجَرَ أَجيرًا فترَكَ الأَجيرُ أَجرَه فعمِلَ فيه المُستأْجِرُ فزادَ أو من عمِلَ في مالِ غيرِه فاستَفضلَ.

(2) «شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 397، 398)، ويُنظَر: «مختصر اختلاف العلماء» (3/ 176)، و«بدائع الصنائع» (6/ 14)، و«الهداية» (4/ 13)، و«العناية» (13/ 355)، و«شرح فتح القدير» (6/ 475)، و«مجمع الأنهر» (4/ 83)، و«مواهب =

القَولُ الثانِي: أنَّه لا يَطيبُ له الرِّبحُ، ويَجبُ عليه أنْ يَتصدَّقَ به إذا اشتَرَىٰ بعَينِ نُقودِ الوَديعةِ ويَردَّ رَأسَ مالِ الوَديعةِ -وكذا الغَصبُ- إلىٰ صاحبِها، **وهو قَولُ الإمامِ أَبي حَنيفةَ ومُحمَّدِ بنِ الحَسنِ وزُفرَ وأَحمدَ في رِوايةٍ**[1].

القَولُ الثالثُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ لصاحِبِ الوَديعةِ **علىٰ الصَّحيحِ عن الإمامِ أَحمدَ، وهو قَولُ ابنِ عُمرَ وأَبي قِلابةَ وإِسحاقَ**[2].

القَولُ الرَّابعُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ لبَيتِ المالِ، **وهو رِوايةٌ عن الإمامِ أَحمدَ**[3].

=

الجليل» (7/ 229، 230)، و«الذخيرة» (9/ 178)، و«التاج والإكليل» (4/ 262، 263)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 123، 124)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«تحبير المختصر» (4/ 346)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 154)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379)..

(1) «مختصر اختلاف العلماء» (3/ 176)، و«بدائع الصنائع» (6/ 14)، و«الهداية» (4/ 13)، و«العناية» (13/ 355)، و«مجمع الأنهر» (4/ 83)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 396، 397)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

(2) «مختصر اختلاف العلماء» (3/ 176)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 397)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

(3) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

القَولُ الخامِسُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ بينَهما -بينَ المُودِعِ والمُودَعِ- فيَقتسِمانِه بينَهما كالمُضاربةِ، **وهو رِوايةٌ عن الإمامِ أحمَدَ وهو اختِيارُ شَيخِ الإسلامِ ابنِ تَيميةَ**، وقالَ: هو أصحُّ الأَقوالِ.

قالَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدَما ذكَرَ قِصةَ عُمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ مع ابنَيْه: فعمِلَ عُمرُ بذلك، وهذا أحسنُ الأَقوالِ التي تَنازعَها الفُقهاءُ في مَسألةِ التِّجارةِ بالوَديعةِ وغيرِها مِن مالِ الغيرِ، فإنَّ فيها أَربعةَ أَقوالٍ في مَذهبِ أَحمدَ وغيرِه.

هل الرِّبحُ لبَيتِ المالِ بِناءً على أنَّه...[1] المال؟

أو الرِّبحُ للعامِلِ لأنَّ المِلكَ حصَلَ له باشتِراءِ الأَعيانِ في الذِّمةِ ويَتصدَّقانِ بالرِّبحِ لأنَّه خَبيثٌ؟

أو يَقتسِمانِ بينَهما كالمُضاربةِ؟ وهذا الرابعُ الذي فعَلَه عُمرُ[2].

وقالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا مِن هذا البابِ في فَرعٍ مَشهورٍ، وهو فيمَن أُودعَ مالًا فتَعدىٰ فيه واتَّجرَ به فربِحَ فيه، هل ذلك الرِّبحُ حَلالٌ له أم لا؟

فقالَ مالِكٌ واللَّيثُ وأَبو يُوسفَ وجَماعةٌ: إذا ردَّ المالَ طابَ له الرِّبحُ وإنْ كانَ غاصِبًا للمالِ فَضلًا عن أنْ يَكونَ مُستودَعًا عندَه.

---

(1) بياضٌ في الأصل.

(2) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

وقالَ أَبو حَنيفةَ وزُفرُ ومُحمَّدُ بنِ الحَسنِ: يُؤدِّي الأَصلَ ويَتصدَّقُ بالرِّبحِ.

وقالَ قَومٌ: لِرَبِّ الوَديعةِ الأَصلُ والرِّبحُ.

وقالَ قَومٌ: هو مُخيَّرٌ بينَ الأَصلِ والرِّبحِ.

وقالَ قَومٌ: البَيعُ الواقِعُ في تلك التِّجارةِ فاسِدٌ، وهؤلاءِ هم الذين أوْجَبوا التَّصدُّقَ بالرِّبحِ إذا ماتَ.

فمَن اعتبَرَ التَّصرُّفَ قالَ الرِّبحُ للمُتصرِّفِ، ومَن اعتبَرَ الأَصلَ قالَ الرِّبحُ لصاحِبِ المالِ.

ولذلك لمَّا أمَرَ عُمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابنَيه عبدَ اللهِ وعُبيدَ اللهِ أنْ يَصرِفا المالَ الذي أسلَفَهما أَبو مُوسىٰ الأَشعريُّ مِن بَيتِ المالِ فاتَّجَرا فيه فربِحا قيلَ له: لو جعَلْتَه قِراضًا. فأجابَ إلىٰ ذلك؛ لأنَّه قد رُويَ أنَّه قد حصَلَ للعاملِ جُزءٌ ولصاحِبِ المالِ جُزءٌ، وأنَّ ذلك عَدلٌ[1].

القَولُ السَّادسُ: قَولُ الشافِعيةِ حيثُ قالُوا: لو اتَّجرَ الغاصِبُ بالمَغصوبِ أو بمالِ الغيرِ في يدِه وَديعةً أو رَهنًا أو سَومًا أو عَاريةً بغيرِ إذنِ المالِكِ فإنْ باعَ أو اشترَىٰ بعَينِه بطَلَ ولا يَملكُ العِوضَ، وإذا تسلَّمَ وفاتَ غرِمَ المِثلَ أو القِيمةَ، وما حصَلَ مِن الرِّبحِ إنْ أمكَنَ ردُّه إلىٰ صاحِبِ كلِّ عَقدٍ ردَّه وإلا فهو مالٌ ضائِعٌ.

---

(1) «بداية المجتهد» (2/ 234).

ولـو أسـلَمَ أو اشـتَرىٰ في الذِّمـةِ وسـلَّمَ المَغصـوبَ صـحَّ العَقـدُ وفسَـدَ التَّسليمُ، ولا تَبرأُ ذِمتُه مِن الثَّمنِ، ويَملكُ الغاصِبُ ما أخَذَ وأَرباحَه[1].

وقالَ الإمامُ ابـنُ المُنـذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: واختلَفُـوا في المُسـتودَعِ أو المُبضـعِ معه، يُخالفانِ فيَستعملانِ الوَديعةَ أو البِضاعةَ بغيرِ إِذنِ أَصحابِها.

فقالَت طائِفةٌ: كلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لها لمَّا تَعدَّىٰ فيـه، والـرِّبحُ لـربِّ المالِ، هذا قَولُ ابنُ عُمرَ ونافِعٍ مَولاه وأَبي قِلابةَ وبه قالَ أَحمدُ وإِسحاقُ.

وقالَـت طائِفـةٌ: الـرِّبحُ كلُّـه للعامِـلِ، روينَـا ذلـك عـن شُـريحٍ والحَسـنِ البَصريِّ وعَطاءِ بنِ أَبي رَباحٍ والشِّعبيِّ ويَحيىٰ الأَنصاريِّ ورَبيعةَ، وهو قَـولُ مالِكٍ والثَّوريِّ، وقالَ الثَّوريُّ: يَتنزَّه عنه أَحبُّ إليّ.

وقالَ الأَوزاعيُّ كذلك، وقالَ: أَسلمُ له أنْ يَتصدَّقَ به.

وقالَت طائِفةٌ: المالُ الذي هذا سَبيلُه يَتصـدَّقُ بـالرِّبحِ أَحـبُّ إلـيَّ، هـذا قَولُ الشِّعبيِّ، ورُوِيَ ذلك عن مُجاهِدٍ، وكـذلك قـالَ النَّخعيُّ في المُضـارِبِ يُخالفُ، وبه قالَ حَمادٌ، وبه قالَ أَصحابُ الـرَّأيِ، قـالوا في الوَديعـةِ -يَعمـلُ بها- الرِّبحُ له ويَتصدَّقُ به، ولا يَنبغي له أنْ يَأكلَه.

قالَ أَبو بَكرٍ: وأَصحُّ مِن ذلك كلِّه: أنَّ الرَّجلَ إذا تَعدَّىٰ في وَديعـةٍ كانَـت عندَه، أو اغتصَبَ مالًا فاشتَرىٰ مِن عَينِ المالِ جاريةٍ بمائةِ دِينارٍ وقالَ للبائعِ

(1) «روضـة الطـالبين» (3/ 685)، و«مغنـي المحتـاج» (3/ 312)، و«نهايـة المحتـاج» (5/ 209)، و«حاشـية الرملي علىٰ أسنىٰ المطالب» (2/ 357)، و«بحـر المـذهب» للروياني (7/ 105).

قد اشتَريتُ منك هذه الجاريةَ بهذه المائةِ دِينارٍ: أنَّ البَيعَ باطلٌ؛ لأنَّه اشتَرىٰ جاريةً بمالٍ لا يَملكُه، وإذا كانَ هكذا: حرُمَ عليه وطءُ الجارِيةِ، ولمْ يَكنْ له أنْ يَعتقَها ولا يَبيعَها ولا يَهبَها؛ لأنَّه غيرُ مالكٍ لها.

فإنْ باعَها بمائتَيْ دِينارٍ وربِحَ فيها مائةَ دِينارٍ فإنَّ بيعَه باطلٌ؛ لأنَّه باعَ ما لا يَملكُه.

وإذا صارَت الجاريةُ في يدِ مَن اشتَراها فهي علىٰ مِلكِ البائعِ الأَولِ، والبائِعُ غيرُ مالكٍ للمائتَيْ دِينارٍ التي قبَضَها، بل مِلكُها لمُشتَري الجاريةِ.

فإذا جاءَ المُودِعُ أو المَغصوبُ منه المائةُ الدِّينارِ ببيِّنَةٍ تَشهدُ له بالمائةِ: قُضيَ له بها، فأخَذَها ورجعَ بائعُ الجاريةِ علىٰ المُشتَري المُتعدِّي في الوَديعةِ فأخَذَ الجاريةَ منه إن وجَدَها عندَه، وإنْ لمْ يَجدْها عندَه وكانَ قد باعَها: أخَذَها مِمن هي في يدِه إذا ثبَتَ ذلك ببَينةٍ تَشهدُ له.

فإنْ كانَت الجاريةُ مُستَهلكةً لا يُقدرُ عليها، وكانَ المُتعدِّي في المالِ قد باعَها بمائتَيْ دِينارٍ، فوجَدَ المائتَيْ دِينارٍ في يدَيه، فإنْ كانَت المائتَا دِينارٍ قِيمةَ جاريتِه فله أَخذُها، وإنْ كانَت أَكثرَ مِن مائتَيْ دِينارٍ، أخَذَ المائتَيْ دِينارٍ، وغرَّمَه تَمامَ قِيمةِ الجاريةِ.

وإنْ كانَت قيمَتُها مائةَ دِينارٍ لمْ يَسعْه -عِندي- أنْ يَأخذَ مِن قِيمةِ جاريتِه وهي مائةُ دِينارٍ، يَطلبُ المُتعدِّي في الوَديعةِ فيَردُّ المائةَ علىٰ مَن أخَذَها منه، لا يَسَعُه -عِندي- غيرُ ذلك.

وإنْ كانَ مَن أخَذَها منه قد ماتَ ردَّه علىٰ وَرثتِه، فإنْ لمْ يَصلْ إليه ولا





إلىٰ وَرثتِه صبرَ حتىٰ ييأسَ مِن وُصولِه إليه، فإذا يَئِسَ مِن ذلك تَصدَّقَ بها، علىٰ ما رَويناه عن ابنِ مَسعودٍ وابنِ عَباسٍ ومُعاويةَ بنِ أَبي سُفيانَ.

وهذا مَذهبُ الحَسنِ البَصريِّ والزُّهريِّ، وبه قالَ مالكٌ في اللُّقطةِ إذا يُئِسَ مِن صاحبِها.

وفي هذه المَسألةِ قَولانِ آخَرانِ:

أَحدُهما: أنْ يدفعَ إلىٰ بَيتِ المالِ، رَوينا هذا القَولَ عن عَطاءٍ.

والقَولُ الثاني: أنْ يُمسكَها أَبدًا حتىٰ يُعلمَ أحيٌّ هو أم مَيتٌ.

وهذا يُشبهُ مَذهبَ الشافِعيِّ في إِيقافِ المالِ في مِثلِ هذا حتىٰ يَتبيَّنَ أمرُ صاحبِه.

قالَ أَبو بَكرٍ: وإنْ كانَ المُشترِي ليسَ بعَينِ المالِ، ولكنَّه كانَ يَشترِي السِّلعَ، ثُم يَزنُ مِن مالِ الوَديعةِ فالشِّراءُ ثابتٌ، والمالُ في الذِّمةِ، وهو مالكٌ للسِّلعِ بعَقدِ الشِّراءِ، وما كانَ مِن رِبحٍ فيها فله، وما كانَ مِن نُقصانٍ فعليه، وعليه مِثلُ الدَّنانيرِ التي أتلَفَ لصاحبِها، وهذا قَولُ الشافِعيِّ -آخرُ قولَيْه- وهو قَولُ أَكثرُ أَصحابِه[1].

استِقراضُ الوَديعةِ:

نصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا كانَ عندَه وَديعةٌ فلا يَجوزُ له أنْ يَستقرِضَ منها، فإنْ أخَذَ منها شَيئًا فهو ضامِنٌ له، فإنْ ردَّه بعدَ ذلك وتلِفَ فهو علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمِ في هذا.

(1) «الإشراف» لابن المنذر (6/ 336، 339).

أما المالِكيةُ فقد فصَّلوا في المَسألةِ فقالوا:

1- إذا كانَ المُودَعُ فَقيرًا حرُمَ عليه أنْ يَتسلَّفَ مِن الوَديعةِ سَواءٌ كانَت الوَديعةُ مِن المِثلياتِ أو مِن القِيمياتِ، وذلك لتَضرُّرِ مالكِها بعَدمِ الوَفاءِ نظرًا لإعدامِه.

2- إذا كانَت الوَديعةُ مِن المُتقوِّماتِ فيَحرمُ تَسلُّفُها مُطلقًا بغيرِ إذنِ ربِّها، سَواءٌ كانَ المُودَعُ مَليئًا أو مُعدمًا؛ لأنَّه مِن بابِ شِراءِ الشَّيءِ بغيرِ إذنِ ربِّه، وهو مَظنَّةُ عَدمِ رِضاه فلا يَجوزُ، ولاختِلافِ الأَغراضِ في المُقوَّمِ، وكالمُقوَّمِ ما يُكالُ أو يُوزنُ إذا كانَ يَكثرُ اختِلافُه ولا يَتحصَّلُ أَمثالُه.

3- إذا كانَت الوَديعةُ مِن المِثلياتِ أو النُّقودِ فالمُودَعُ لا يَخلو مِن حالتَينِ:

أ- إنْ كانَ المُودَعُ مُعدمًا فَقيرًا غيرَ مَليءٍ حرُمَ عليه؛ لأنَّ ربَّها يَتضررُ بعَدمِ الوَفاءِ، ويَدخلُ في المُعدَمِ مَن عندَه مِثلُ الوَديعةِ أو ما يَزيدُ عليها بيَسيرٍ، ويَنبغي أنْ يَكونَ مِثلَه سَيئُ القَضاءِ والظَّالمُ ومَن مالُه حَرامٌ.

ب- وإنْ كانَ المُودَعُ مَليئًا كُرِهَ له التَّسلُّفُ مِن الوَديعةِ، ومَحلُّ كَراهةِ تَسلُّفِ النَّقدِ فيما إذا لم يُبِحْ له ربُّ الوَديعةِ ذلك أو يَمنعُه بأنْ جَهلَ، أما إذا أَباحَ له ربُّها ذلك جازَ بلا كَراهةٍ وإذا منَعَه حرُمَ عليه الاقتِراضُ منها.

وذهَبَ بعضُ المالِكيةِ إلى جَوازِ الاقتِراضِ مِن الوَديعةِ إذا كانَ مَليئًا بشَرطِ الإشهادِ على الاقتِراضِ وإلا كُرِهَ.



وَوَجهُ جَوازِ الاقتِراضِ مِن الوَديعةِ: أنَّ الدَّنانيرَ والدَّراهمَ لا تَتعيَّنُ، فكأنَّه لا مَضرةَ علىٰ المُودِعِ في انتِفاعِ الوَديعِ بها إذا ردَّ مِثلَها، وقد كانَ لـه أنْ يَردَّ مِثلَها ويَتمسَّكَ بها معَ بَقاءِ أَعيانِها، ولأنَّ المُودِعَ قد ترَكَ الانتِفاعَ بها معَ القُدرةِ، فجازَ للوَديعِ الانتِفاعُ بها، ويَجري ذلك مَجرىٰ الانتِفاعِ بظلِّ حائطٍ وضَوءِ سِراجِه، وذلك بخِلافِ تَسلُّفِ الوَصيِّ مالَ اليَتيمِ فهو آثمٌ[1].

وقالَ اللَّخميُّ مِن المالِكيةِ: أَرىٰ أنْ يُنظرَ إلىٰ المُودِعِ، فإنْ كانَ يَعلمُ منه أنَّه لا يَكرُه ذلك فيما بينَه وبينَ المُودَعِ أو معَه كَرمُ طَبعٍ جازَ، وإنْ كانَ يَعلمُ منه الكَراهيةَ لَمْ يَجزْ؛ لأنَّه لو حجَرَ ذلك عليه مِن حينِ الدَّفعِ أو قالَ لا حَرجَ عليك إنْ تَسلَّفتَها لَمْ يُختلَفْ في أنَّه مَمنوعٌ مِن الانتِفاعِ بها، وإنْ أشكَلَ أَمرُه كُرهَ ذلك[2].

وما ذهَبَ إليه اللَّخميُّ هو ما قالَه شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ، فقد سُئلَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عن الاقتِراضِ مِن الوَديعةِ بلا إذنٍ...

فأجابَ: وأما الاقتِراضُ مِن مالِ المُودِعِ، فإنْ علِمَ المُودَعُ عِلمًا اطمأنَّ إليه قلبُه أنَّ صاحِبَ المالِ راضٍ بذلك، وهذا إنما يُعرفُ مِن رَجلٍ اختبَرْتَه خِبرةً تامَّةً، وعلِمْتَ مَنزلتَك عندَه، كما نُقلَ مِثلُ ذلك عن غيرِ واحدٍ، وكما

(1) «مواهب الجليل» (7/ 229)، و«التاج والإكليل» (4/ 261، 262)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 110)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 123)، و«تحبير المختصر» (4/ 345، 345).

(2) «التبصرة» (11/ 5990).

كانَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَفعلُ في بُيوتِ بعضِ أَصحابِه، وكما بايَعَ عن عُثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وهو غائِبٌ، ومَتىٰ وقَعَ في ذلك شكٌّ لم يَجزِ الاقتِراضُ[1].

حِفظُ الوَديعةِ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه يَجبُ علىٰ المُودَعِ حِفظُ الوَديعةِ في حِرزِ مِثلِها كما يَحفظُ مالَ نَفسِه المُماثِلَ للوَديعةِ إذا لَمْ يُعيِّنْ له المالِكُ حِرزًا؛ لأنَّه بالعَقدِ التَزمَ حِفظَ الوَديعةِ علىٰ وَجهٍ لو تَرَكَ حِفظَها حتىٰ هلَكَت لزِمَه الضَّمانُ؛ لأنَّه تَركَ الحِفظَ مِن غيرِ عُذرٍ فضمِنَها، ولهذا لو رَأىٰ إِنسانًا يَسرقُ الوَديعةَ وهو قادرٌ علىٰ مَنعِه ضمِنَ لتَركِ الحِفظِ المُلتزَمِ بالعَقدِ.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللهُ: أجمَعَ أَهلُ العِلمِ علىٰ أنَّ علىٰ المُودَعِ إِحرازَ الوَديعةِ وحِفظَها[2].

إذا لمْ يُعيِّنِ المالكُ مَكانَ حِفظِ الوَديعةِ:

نصَّ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا أودَعَ وَديعةً ولَم يُعيِّنْ له مَكانًا للحِفظِ فإنَّ المُودَعَ يَحفظُها في حِرزِ مِثلِها -في أيِّ مَوضعٍ شاءَ، كدارِه ودُكانِه- كما تقدَّمَ؛ لأنَّ الإطلاقَ يَقتضي حِرزَ المِثلِ.

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 394، 395).

(2) «الإجماع» (559)، و«الإشراف» (6/ 330)، ويُنْظَر: «بدائع الصنائع» (6/ 211)، ومجلة «الأحكام العدلية» مادة (781)، و«درر الحكام» (2/ 242)، و«المهذب» (1/ 359)، و«البيان» (6/ 477)، و«كشاف القناع» (4/ 205).

فإنْ وضَعَها في حِرزِ المِثلِ ثُم نقَلَها عنه إلىٰ حِرزِ مِثلِها لَمْ يَضمنْ، سَواءٌ نقَلَها إلىٰ مِثلِ حِرزِها الأَولِ أو دُونَه؛ لأنَّ رَبَّها ردَّ حِفظَها إلىٰ رَأيِه واجتِهادِه، وأذِنَ له في إِحرازِها بما شاءَ مِن إحرازِ مِثلِها، ولهذا لو تَركَها في هذا الثانِي أولًا لَمْ يَضمنْها، فكذلك إذا نقَلَها إليه.

وإنْ نقَلَها إلىٰ حِرزٍ دُونَ حِرزِ مِثلِها ضمِنَها؛ لأنَّ إطلاقَ الإيداعِ يَقتضي حِرزَ مِثلِها، فإنْ ترَكَها فيما هو دُونَه صارَ مُتعدِّيًا فضمِنَ.

وإنْ وضَعَها في حِرزٍ فوقَ حِرزِ مِثلِها لَمْ يَضمنْ؛ لأنَّ مَن رضِيَ بحِرزِ المِثلِ رضِيَ بما فوقَه، إلا أنْ يَنهاه رَبُّها[1].

وقيَّدَ **المالِكيةُ** جَوازَ النَّقلِ إذا احتاجَ إليه، فإنْ لَمْ تَحتجْ إلىٰ النَّقلِ أو كانَت تَحتاجُ فنقَلَها نقلَ غيرَ مِثلِها فتلِفَت في أثناءِ النَّقلِ ضمِنَها[2].

نَقلُ الوَديعةِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيمَن كانَت عندَه وَديعةٌ وقالَ له المالِكُ: احفَظْها في هذا البَيتِ أو هذا المَكانِ ولمْ يَنهَه عن غيرِه، ثُم نقَلَها المُودَعُ إلىٰ بَيتٍ أو مَكانٍ آخرَ غيرِ الذي عيَّنَه المالِكُ، هل يَضمنُ أم لا؟

---

(1) «الهداية» (3/ 218)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 161، 162)، و«اللباب» (1/ 648، 649)، و«الاختيار» (3/ 32)، و«المهذب» (1/ 356)، و«البيان» (6/ 477)، و«المغني» (6/ 304).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 257)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«القوانين الفقهية» ص(246).

هذا لا يَخلوُ مِن خَمسِ حالاتٍ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَنقلَها إلى حِرزٍ أَقلَّ مِن الحِرزِ الذي عيَّنَه المالكُ:

إذا عيَّنَ له المالِكُ حِرزًا فنقَلَها المُودَعُ إلىٰ حِرزٍ أَقلَّ مِن الحِرزِ الذي عيَّنَه المالِكُ فتلِفَت أو سُرقَت ضمِنَ **باتِّفاقِ المَذاهبِ الأَربعةِ**؛ لأنَّ مَن رضِيَ حِرزًا لَمْ يَرضَ بما دُونَه؛ لأنَّه عرَّضَها للتَّلفِ، وسَواءٌ تلِفَت بسَببِ النَّقلِ أم لا، إلا أنْ تكونَ هناك ضَرورةٌ كحَريقٍ أو غيرِه فلا ضَمانَ عليه إنْ لَمْ يَستطعْ أنْ يُحرزَها في حِرزِ مِثلِها.

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ربُّ الوَديعةِ إذا أمَرَ المُستودَعَ بحِفظِها في مَكانٍ عيَّنَه فحفِظَ فيه ولَمْ يَخشَ عليها فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ؛ لأنَّه مُمتثِلٌ لأَمرِه غيرُ مُفرِّطٍ في مالِه.

وإنْ خافَ عليها سَيلًا وتوًىٰ -يَعني هَلاكًا- فأخرَجَها منه إلىٰ حِرزِها فتلِفَت فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ أيضًا؛ لأنَّ نَقلَها في هذه الحالِ تعيَّنَ حِفظًا لها، وهو مَأمورٌ بحِفظِها.

وإنْ ترَكَها معَ الخَوفِ فتلِفَت ضمِنَها سَواءٌ تلِفَت بالأَمرِ المَخوفِ أو بغيرِه؛ لأنَّه فرَّطَ في حِفظِها؛ لأنَّ حِفظَها نَقلُها، وتَركُها تَضييعٌ لها.

وإنْ لَمْ يَخفْ عليها فنقَلَها عن الحِرزِ إلىٰ دُونِه ضمِنَها؛ لأنَّه خالَفَه في الحِفظِ المَأمورِ به.

وإنْ نقلَها إلىٰ دُونِه عندَ الخَوفِ عليها نظَرْنا، فإنْ أمكَنَه إحرازُها بمِثلِه أو أعلىٰ منه ضمِنَها أيضًا لتَفريطِه، وإنْ لَمْ يُمكنْه إحرازُها إلا بما دُونَه لَمْ يَضمنْها؛ لأنَّ إحرازَها بذلك أحفظُ لها مِن تَركِه وليسَ في وُسعِه سِواه[1].

الحالَةُ الثانيةُ: أنْ يَنقلَها إلى حِرزٍ مِثلِ الذي عيَّنَه المالِكُ:

ذهَبَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ إلىٰ أنَّ المالِكَ إذا عيَّنَ مَكانًا لِحفظِ الوَديعةِ فنقَلَها المُودَعُ إلىٰ حِرزٍ مِثلِ الحِرزِ الذي عيَّنَه المالِكُ فتلِفَت بعدَ ذلك أو سُرقَت أنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ تَعيينَ الحِرزِ يَقتضي الإذنَ في مِثلِه، ولو كانَ النَّقلُ لغيرِ حاجةٍ أو ضَرورةٍ **عندَ الجُمهورِ**؛ لأنَّ تَعيينَ الحِرزِ إذنٌ فيما هو مِثلُه، كمَن اكتَرىٰ لزَرعِ حِنطةٍ فله زَرعُها وزَرعُ مِثلِها في الضَّررِ، فما فوقَه مِن بابِ أَولىٰ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: ويَحتملُ كَلامُ الخِرقيِّ لُزومَ الضَّمانِ؛ لأنَّ الأَمرَ بشَيءٍ يَقتضي تَعيينَه، فلا يَعدلُ عنه إلا بدَليلٍ، وإنْ نقَلَها إلىٰ أَحرزَ منه كانَ حُكمُه حُكمَ ما لو أخرَجَها إلىٰ مِثلِه[2].

الحالَةُ الثالِثةُ: أنْ يَنقلَها إلى حِرزٍ فوقَ الحِرزِ الذي عيَّنَه المالِكُ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ المالِكَ إذا عيَّنَ للمُودَعِ مَكانًا لِحفظِ الوَديعةِ ولَمْ يَنهَه عن غيرِه فنقَلَها المُودَعُ إلىٰ مَكانٍ أَحرزَ مِن الذي عيَّنَه المالِكُ ثُم تلِفَت

(1) «المغني» (6/ 303).
(2) «المغني» (6/ 303).



بعدَ ذلك أو سُرقَت أنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ مَن رضِيَ بحِرزٍ رضِيَ بمِثلِه وبأَعلىٰ منه بالأَولىٰ، وسَواءٌ كانَ ذلك لضَرورةٍ أو لغيرِ ضَرورةٍ[1].

وهذا التَّفصيلُ السابِقُ فيما إذا لمْ يَنقلْها إلىٰ بَلدٍ آخرَ، فأما إذا نقَلَها علىٰ بلدٍ آخرَ ففيه تَفصيلٌ بَيانُه في الحالَةِ الرابعَةِ.

الحالَةُ الرابِعةُ: أنْ يَنقلَها مِن بَلدٍ إلى بَلدٍ:

نصَّ المالِكيةُ والشافِعيةُ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا عيَّنَ مَكانًا لحِفظِ الوَديعةِ فنقَلَها المُودَعُ إلىٰ بَلدٍ آخرَ لغيرِ عُذرٍ فتلِفَت أنَّه ضامِنٌ لها.

قالَ ابنُ جُزيٍّ المالِكيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: نَقلُ الوَديعةِ: فإنْ نقَلَها مِن بَلدٍ إلىٰ بَلدٍ ضمِنَ بخِلافِ نَقلِها مِن مَنزلٍ إلىٰ مَنزلٍ[2].

وقالَ القَرافِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما نَقلُ الوَديعةِ مِن بَلدٍ إلىٰ بَلدٍ فليسَ فيه إذنُ المالِكِ ولا غيرُه، فلا جرَمَ ضمِنَ[3].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 210)، و«الهداية» (3/ 218)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 161، 162)، و«اللباب» (1/ 648، 649)، و«الاختيار» (3/ 32)، و«التاج والإكليل» (4/ 257)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«القوانين الفقهية» ص(246)، و«المهذب» (1/ 356)، و«الحاوي الكبير» (8/ 368، 369)، و«البيان» (6/ 477)، و«النجم الوهاج» (6/ 356، 357)، و«مغني المحتاج» (4/ 139، 140)، و«تحفة المحتاج» (8/ 324، 326)، و«نهاية المحتاج» (6/ 138، 139)، و«الديباج» (3/ 113)، و«المغني» (6/ 304)، و«كشاف القناع» (4/ 205، 206)، و«شرح منتهى الإرادات» (234، 235).

(2) «القوانين الفقهية» ص(246).

(3) «الذخيرة» (9/ 167).





وقالَ الإمامُ الشافِعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو استَودعَه إيَّاها في قَريةٍ آهِلةٍ فانتَقلَ إلىٰ قَريةٍ غيرِ آهلةٍ أو في عُمرانٍ مِن القَريةِ فانتَقلَ إلىٰ خَرابٍ مِن القَريةِ وهلَكَت ضمِنَ في الحالَين.

ولو استَودعَه إيَّاها في خَرابٍ فانتَقلَ إلىٰ عِمارةٍ أو في خَوفٍ فانتَقلَ إلىٰ مَوضعٍ آمنٍ لَمْ يَكنْ ضامِنًا؛ لأنَّه زادَه خَيرًا[1].

أما الحَنفيةُ فقالَ الإمامُ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو قالَ له احفَظِ الوَديعةَ في دارِكَ هذه فحفِظَها في دارٍ له أُخرىٰ، فإنْ كانَت الدارانِ في الحِرزِ سَواءً أو كانَت الثَّانيةُ أَحرزَ لا تَدخلُ في ضَمانِه؛ لأنَّ التَّقييدَ غيرُ مُفيدٍ، وإنْ كانَت الأُولىٰ أَحرزَ مِن الثَّانيةِ دخَلَت في ضَمانِه؛ لأنَّ التَّقييدَ به عندَ تَفاوتِ الحِرزِ مُفيدٌ.

وكذلك لو أَمرَه أنْ يَضعَها في دارِه في هذه القَريةِ ونَهاه عن أنْ يَضعَها في دارِه في قَريةٍ أُخرىٰ فهو علىٰ هذا التَّفصيلِ[2]، أي إنْ كانَت مِثلَها في الحِرزِ أو أَحرزَ فلا ضَمانَ عليه، وإنْ كانَت أَقلَّ في الحِرزِ ضمِنَ.

وقالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وجُملةُ ذلك أنَّ له في نَقلِها مِن بَلدٍ إلىٰ بَلدٍ، والثاني: مِن دارٍ إلىٰ دارٍ، والثَّالثُ: مِن بَيتٍ إلىٰ بَيتٍ، والرَّابعُ: مِن صُندوقٍ إلىٰ صُندوقٍ.

---

(1) «الأم» (4/ 136).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 210).

فعندَنا يَضمنُ إذا نقلَها في هذه الأَحوالِ الأَربعةِ معَ التَّعيينِ، وعندَ أَبي حَنيفةَ يَضمنُ في حالتَينِ في البَلَدِ والدَّارِ، ولا يَضمنُ في حالتَينِ في البَيتِ والصُّندوقِ[1].

الحالَةُ الخامِسةُ: أنْ يُعيِّنَ ربُّ الوَديعةِ مَكانَ حِفظِها ويَنهاه عن نَقلِها إلى مَوضعٍ آخرَ:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو عيَّنَ ربُّ الوَديعةِ مَكانًا لحِفظِها عندَ المُودَعِ، ونَهاه عن نَقلِها إلىٰ مَوضعٍ آخرَ، هل يَجوزُ له نَقلُها أم لا؟

هذا لا يَخلو مِن أَحدِ احتِمالَينِ:

الاحتِمالُ الأَولُ: ألَّا يُوجدَ عُذرٌ لنَقلِها:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ ربَّ الوَديعةِ إذا عيَّنَ مَكانَ حِفظِها وقالَ للمُودَعِ: لا تُخرِجها مِن مَكانِها، فأخرَجَها إلىٰ مَكانٍ أَقلَّ حِرزًا منها لغَيرِ عُذرٍ فإنَّه ضامِنٌ لها؛ لأنَّه لَمْ يَرضَ بدونِ ذلك البَيتِ، ولمُخالفتِه لربِّها.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو عيَّنَ ربُّ الوَديعةِ مَكانَ حِفظِ الوَديعةِ ونَهاه عن إخراجِها منه، فأخرَجَها المُودَعُ لغَيرِ عُذرٍ لمِثلِ الحِرزِ الأَولِ أو لمَا هو أَعلىٰ منه، هل يَضمنُ أم لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه إنْ نَهاه عن إخراجِها مِن المَكانِ الذي عيَّنَه له فأخرَجَها لغيرِ عُذرٍ إلىٰ مِثلِ

---

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 369).

حِرزِها أو لمَا هو أَحرزُ أنَّه ضامِنٌ لها؛ لأنَّه خالَفَ أَمرَ صاحِبِها بلا مَصلحةٍ فيه فيَضمنُ، فلا يَجوزُ تَفويتُ غَرضِ ربِّ الوَديعةِ مِن تَعيينِه لغيرِ ضَرورةٍ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ وأَبو سَعيدٍ الإصطخريُّ مِن الشافِعيةِ إلىٰ أنَّ ربَّ الوَديعةِ لو نَهاه عن إخراجِها مِن المَكانِ الذي عيَّنَه له فنقَلَها إلىٰ مَكانٍ مُساوٍ له في الحِرزِ أو أَعلىٰ منه فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه نقَلَها إلىٰ مِثلِ الحِرزِ المُعيَّنَ أو إلىٰ ما هو أَحرزُ منه، فهو كما لو نَهاه عن النَّقلِ، أما عن نَقلِها إلىٰ حِرزٍ أَقلَّ منه فيَضمنُ بلا خِلافٍ[2].

الاحتِمالُ الثانِي: أنْ يَكونَ هناك عُذرٌ مِن تَلفٍ أو غيرِه فيَضطرُّ إلى نَقلِها:

نصَّ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ ربَّ الوَديعةِ إذا عيَّنَ للمُودَعِ مَكانَ حِفظِ الوَديعةِ ونَهاه عن إِخراجِها منه فخشِيَ المُودَعُ عليها التَّلفَ بسَببِ

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«المهذب» (1/ 356)، و«الحاوي الكبير» (8/ 368، 369)، و«البيان» (6/ 477)، و«النجم الوهاج» (6/ 356، 357)، و«مغني المحتاج» (4/ 139، 140)، و«تحفة المحتاج» (8/ 324، 326)، و«نهاية المحتاج» (6/ 138، 139)، و«الديباج» (3/ 113)، و«المغني» (6/ 303، 304)، و«كشاف القناع» (4/ 205، 206)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (234، 235).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 210)، و«الهداية» (3/ 218)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 161، 162)، و«اللباب» (1/ 648، 649)، و«الاختيار» (3/ 32)، و«المهذب» (1/ 356)، و«البيان» (6/ 477).

حَريقٍ أو شَيءٍ الغالِبُ منه التَّلفُ لزِمَه نَقلُها، فإنْ لَمْ يَنقلْها في هذه الحالَةِ وترَكَها في الحِرزِ الذي عيَّنَه ربُّها ونَهاه عن إخراجِها منه حتىٰ تلِفَت لزِمَه الضَّمانُ، سَواءٌ تلِفَت بالأمرِ المَخوفِ منه أو غيرِه؛ لأنَّه مُفرِّط به[1].

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ربُّ الوَديعةِ إذا أمَرَ المُستودَعَ بحِفظِها في مَكانٍ عيَّنَه فحفِظَ فيه ولَمْ يَخشَ عليها فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ؛ لأنَّه مُمتثِلٌ لأَمرِه غيرُ مُفرِّط في مالِه.

وإنْ خافَ عليها سَيلًا وتوًىٰ -يَعني هلاكًا- فأخرَجَها منه إلىٰ حِرزِها فتلِفَت فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ أيضًا؛ لأنَّ نَقلَها في هذه الحالِ تعيَّنَ حِفظًا لها، وهو مَأمورٌ بحِفظِها.

وإنْ ترَكَها معَ الخَوفِ فتلِفَت ضمِنَها، سَواءٌ تلِفَت بالأمرِ المَخوفِ أو بغيرِه؛ لأنَّه فرَّطَ في حِفظِها؛ لأنَّ حِفظَها نَقلُها وترَكُها تَضييعٌ لها.

وإنْ لَمْ يَخفْ عليها فنقَلَها عن الحِرزِ إلىٰ دونِه ضمِنَها؛ لأنَّه خالَفَه في الحِفظِ المَأمورِ به.

---

(1) قالَ ابنُ المنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الإشراف» (6/ 344): واختلَفوا في الحريقِ تقعُ في البيتِ، ويمكنُ المودعَ إخراجُ الوديعةِ من مكانِها فلم يفعلْ.
فقالَ قائلٌ: يضمنُ؛ لأنه كأنه أتلَفه؛ لأنه أُمر بحفظِه، وهذا مضيعٌ، وهذا يُشبهُ مذهبَ الشافعيِّ؛ لأنه قالَ: من استُودعَ دَوابًّا، فلم يعلفْها حتىٰ تلِفَت: ضمِنَ.
وقالَ آخرُ: لا ضمانَ عليه؛ لأن النارَ أتلفَتْها، وهذا كالرجلِ المسلمِ تُحيطُ به النارُ، ورجلٌ مسلمٌ قادرٌ علىٰ إخراجِه، فلم يفعلْ: فهو عاصٍ، ولا عقلَ عليه ولا قودَ.



وإنْ نقلَها إلىٰ دونِه عندَ الخَوفِ عليها نظَرْنا، فإنْ أمكَنَه إِحرازُها بمِثلِه أو أَعلىٰ منه ضمِنَها أيضًا لتَفريطِه، وإنْ لَمْ يُمكنْه إِحرازُها إلا بما دونَه لَمْ يَضمنْها؛ لأنَّ إِحرازَها بذلك أَحفظُ لها مِن تَركِه، وليسَ في وُسعِه سِواه[1].

ولو قالَ له ربُّها: «لا تُخرِجْها مِن ذلك الحِرزِ وإنْ خِفْت عليها الهَلاكَ» جازَ له أنْ يُخرِجَها في هذه الحالَةِ لأنَّه مَوضعُ عُذرٍ، فلا يَضمنُ بالنَّقلِ؛ لأنَّه زيادةُ خَيرٍ وحِفظٍ فلَمْ يَضمنْ به، كما لو قالَ له: «أَتلِفْها» فلَمْ يُتلفْها حتىٰ تلِفَت.

إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما إذا لَمْ يَنقلْها المُودَعُ في هذه الحالَةِ فتلِفَت، هل يَضمنُها أم لا؟ في ذلك وَجهانِ عندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ.

أَحدُهما وهو الصَّحيحُ عندَهما: أنَّه لا يَضمنُ؛ لأنَّه مُمتثِلٌ أَمرَ ربِّها فيما فعلَ؛ لأنَّ نَهيَه معَ خَوفِ الهَلاكِ نصٌّ فيه وتَصريحٌ به، فيَكونُ مَأذونًا في تَركِها في تلك الحالِ، فلَمْ يَضمنْها لامتِثالِه أَمرَ صاحِبِها، كما لو قالَ له: «أَتلِفْها» فأتلَفَها.

والثاني: يَضمنُ؛ لأنَّه غرَّرَ بها حيثُ ترَكَ نَقلَها معَ الخَوفِ عليها؛ لأنَّ نَهيَ صاحِبِها عن إِخراجِها إنما كانَ لحِفظِها، وحِفظُها هنا في إِخراجِها، فأشبَهَ ما لو لَمْ يَنهَه عن إِخراجِها[2].

---

(1) «المغني» (6/ 303)، و«كشاف القناع» (4/ 205، 206)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 150، 151).

(2) «المهذب» (1/ 359، 360)، و«الحاوي الكبير» (8/ 368، 369)، و«البيان» =

ومَذهبُ الحَنفيةِ في هذا أنَّه يَتعيَّنُ عليه نَقلُها إذا خافَ عليها التَّلفَ.

قالَ الإمامُ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما بَيانُ ما يُغيِّرُ حالَ المَعقودِ عليه مِن الأَمانةِ إلىٰ الضَّمانِ فأنواعٌ:

منها: تَركُ الحِفظِ؛ لأنَّه بالعَقدِ التزَمَ حِفظَ الوَديعةِ علىٰ وَجهٍ لو ترَكَ حِفظَها حتىٰ هلكَت يَضمنُ بَدلَها، وذلك بطَريقِ الكَفالةِ، ولهذا لو رَأىٰ إنسانًا يَسرقُ الوَديعةَ وهو قادِرٌ علىٰ مَنعِه ضمِنَ لتَركِ الحِفظِ المُلتزَمِ بالعَقدِ، وهو مَعنىٰ قَولِ مَشايخِنا: «إنَّ المُودَعَ يُؤخَذُ بضَمانِ العَقدِ»[1].

وقالَ أَبو مُحمَّدِ بنِ غانِمِ بنِ مُحمَّدٍ البَغداديُّ الحَنفيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أُحرِقَ بَيتُ المُودَعِ فلمْ يَنقلِ الوَديعةَ إلىٰ مَكانٍ آخرَ معَ إِمكانِه يَضمنُ إذا تمكَّنَ مِن حِفظِها بنَقلِها إلىٰ مَكانٍ آخرَ[2].

=

(6/ 477)، و«النجم الوهاج» (6/ 356، 357)، و«مغني المحتاج» (4/ 139، 140)، و«تحفة المحتاج» (8/ 324، 326)، و«نهاية المحتاج» (6/ 138، 139)، و«الديباج» (3/ 113)، و«المغني» (6/ 303، 304)، و«كشاف القناع» (4/ 205، 206)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (234، 235).

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 211).

(2) «مجمع الضمانات» (1/ 212)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (5/ 155).



السَّفرُ بالوَديعةِ:

المُودِعُ إذا أودَعَ وَديعةً عندَ إِنسانٍ ثُم أرادَ السَّفرَ بها فهذا لا يَخلو حالُه مِن أَربعةِ أَحوالٍ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَأذنَ له المُودِعُ في السَّفرِ بالوَديعةِ:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ في أنَّ المُودِعَ إذا أذِنَ للمُودَعِ بالسَّفرِ بالوَديعةِ أنَّه يَجوزُ له السَّفرُ بها، وإذا تلِفَت بسَببِ السَّفرِ فلا ضَمانَ عليه.

الحالَةُ الثانِيةُ: أنْ يَمنعَه المُودِعُ مِن السَّفرِ بالوَديعةِ:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ في أنَّ المُودِعَ إذا نَهى المُودَعَ أنْ يُسافرَ بالوَديعةِ فسافَرَ بها مِن غيرِ عُذرٍ ضمِنَها؛ لأنَّه مُخالفٌ لصاحِبِها؛ لأنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ؛ لأنَّ الحِفظَ في المِصرِ أَبلغُ، إلا أنْ يَضطرَّ إلى السَّفرِ بها كجَلاءِ أَهلِ البَلدِ أو هُجومِ عَدوٍ أو حَرقٍ أو غَرقٍ، أو أنْ يَقصدَ السُّلطانُ أخذَها، فلا ضَمانَ عليه إذا سافَرَ بها ولَمْ يَجدْ مَن يَأمنُه عليها مِن ذلك عندَه وتلِفَت؛ لأنَّه مَوضعُ حاجَةٍ، ولأنَّه لا يَتمكَّنُ مِن شَيءٍ غيرِ ذلك.

فإنْ ترَكَها إذنْ وتلِفَت في هذه الحالَةِ ولَمْ يُسافِرْ بها **فالأَصحُّ عندَ الشافِعيةِ والحَنابلةِ** أنَّه يَضمنُ حيثُ ترَكَ الأَصلحَ؛ لأنَّه يُعتبرُ مُضيِّعًا لها.

قالَ الحَنابِلةُ: فإنْ هجَمَ قُطّاعُ الطَّريقِ عليه فأَلقى المَتاعَ المُودَعَ إخفاءً له وضاعَ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ هذا عادَةُ الناسِ في حِفظِ أَموالِهم[1].

---

(1) «كشاف القناع» (4/ 212، 213)، و«مختصر الوقاية» (2/ 132)، و«الجوهرة النيرة» =

وقالَ الشافِعيةُ: إنْ حدَثَ له في الطَّريقِ خَوفٌ أقامَ بها، فإنْ هجَمَ عليه قُطاعُ الطَّريقِ فطرَحَها بمَضيعةٍ ليَحفظَها فضاعَت ضمِنَ، وكذا إنْ دفَنَها خَوفًا منهم عندَ إقبالِهم ثُم أضَلَّ مَوضعَها[1].

الحالَةُ الثالِثةُ: أنْ يُودعَها عندَه ولمْ يَأذنْ له ولمْ يَنهَه، ويُسافرُ المُودَعُ بها:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المُودَعِ إذا كانَت عندَه وَديعةٌ وأَرادَ السَّفرَ، هل يَجوزُ له أنْ يُسافرَ بالوَديعةِ أم لا؟

فهذا لا يَخلو مِن حالتَين:

الأُولى: أنْ يَكونَ الطَّريقُ مَخوفًا أو البَلدُ الذي سيَذهبُ إليه غيرُ آمنٍ، **فهذا باتِّفاقِ العُلماءِ** أنَّه لا يَجوزُ له السَّفرُ بالوَديعةِ؛ لأنَّه يُعرِّضُها للخَطرِ[2].

الثانيةُ: أنْ يَكونَ الطَّريقُ آمنًا لا يُقصدُ فيه أَحدٌ بسوءٍ غالبًا، ولو قصَدَه يُمكنُه الدَّفعُ بنَفسِه أو برُفقتِه، ويَكونُ البَلدُ الذي يُسافرُ إليه آمنًا، **فهذا قد اختَلفَ الفُقهاءُ فيه، هل يَجوزُ له في هذه الحالَةِ أنْ يُسافرَ بالوَديعةِ أم لا؟**

=

(4/ 158)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 111، 113)، رقم (969، 970)، و«تحبير المختصر» (4/ 345)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 109)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 122، 123)، و«البيان» (6/ 483)، و«مغني المحتاج» (4/ 137، 138)، و«المغني» (6/ 302)، و«الكافي» (2/ 377)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 157).

(1) «مغني المحتاج» (4/ 138).

(2) «الجوهرة النيرة» (4/ 158)، و«مختصر الوقاية» (2/ 132)، وباقي المصادر السابقة.



فذهَبَ الحَنفيةُ والحَنابِلةُ على الصَّحيحِ عندَهم إلىٰ أنَّه يَجوزُ له أنْ يُسافرَ بالوَديعةِ إذا لَمْ يَكنْ لها حَملٌ ومُؤنةٌ؛ لأنَّ الذي عليه في الوَديعةِ حِفظُها، فإذا حفِظَها في أيِّ مَكانٍ كانَ مَن حَضرٍ أو سَفرٍ كانَ مُؤدِّيًا لحقِّ الأَمانةِ فيها، ولهذا يَملكُه الأبُ والوَصيُّ في مالِ الصَّبيِّ، ولأنَّه لمَّا جازَ أنْ يَحفظَها في أيِّ مَوضعٍ شاءَ مِن البَلدِ إذا كانَ مَأمونًا كانَ له ذلك في غيرِ البَلدِ إذا كانَ مَأمونًا، ولأنَّه نَقلَها إلىٰ مَوضعٍ مَأمونٍ فلَمْ يَضمنْها كما لو نقلَها في البَلدِ.

ولأنَّ الإنسانَ لا يَلتزمُ الوَديعةَ ليَتركَ أَشغالَه، والسَّفرُ مِن أَشغالِه، فلا تَمنعُه الوَديعةُ مِن ذلك.

وهذا فيما لا حَملَ له ولا مُؤنةَ، وأما إذا كانَت الوَديعةُ تَحتاجُ إلىٰ حَملٍ ومُؤنةٍ فاختلَفُوا فيها، فأَبو حَنيفةَ والحَنابِلةُ لا يُفرِّقونَ بينَ ما له حَملٌ ومُؤنةٌ وبينَ ما لا حَملَ له ولا مُؤنةَ.

وقالَ أَبو يُوسفَ: إنْ كانَت لها حَملٌ ومُؤنةٌ جازَ له السَّفرُ بها إذا كانَ السَّفرُ قَصيرًا، وإنْ كانَ طَويلًا لا يَجوزُ.

وقالَ مُحمدٌ: ليسَ له السَّفرُ بها فيما له حَملٌ ومُؤنةٌ؛ إذ الظاهِرُ مِن حالِ صاحِبِها أنَّه لا يَرضىٰ بها، وصارَ كالوَكيلِ بالبَيعِ ليسَ له السَّفرُ بالمَبيعِ، وإنْ سافَرَ ضمِنَ.

والذي له حَملٌ ومُؤنةٌ هو ما كانَ يَحتاجُ في حَملِه إلىٰ ظَهرٍ، أو أُجرةِ حَمالٍ[1].

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 209)، و«الهداية» (3/ 217)، و«البحر الرائق» (7/ 278)، =

وهذا في حالَةِ ما إذا لَمْ يَجدْ صاحِبَها حاضِرًا في البَلدِ أو مَن يَحفظُ مالَه أو نائِبَه في قَبضِها فأما إنْ كانَ صاحِبُها مَوجودًا في البَلدِ أو مَن يَحفظُ مالَه أو نائِبَه مَوجودًا وسافَرَ بها في هذه الحالَةِ **فاختَلفَ الحَنابِلةُ في هذا على قَولَين:**

الأَولُ وهو المَذهبُ (وهو قَولُ أَبي حَنيفةَ): أنَّه لا ضَمانَ عليه والحالَةُ هذه -أي وربُّها حاضِرٌ- إنْ لمْ يَخفِ المُستودَعُ عليها أو كانَ السَّفرُ أَحفظَ لها مِن إبقائِها ولمْ يَنهَه ربُّ الوَديعةِ عن السَّفرِ بها والغالِبُ السَّلامةُ فعلىٰ هذا لا يَضمنُها إنْ تلِفَت معَه، سَواءٌ كانَ به ضَرورةٌ إلىٰ السَّفرِ أو لا؛ لأنَّه نقَلَها إلىٰ مَوضعٍ مَأمونٍ فلمْ يَضمنْها، كما لو نقَلَها في البَلدِ وكأبٍ ووَصيٍ، وإلا بأنْ كانَ السَّفرُ ليسَ أَحفظَ، ولو استوىٰ الأَمرانِ فلا يُسافرُ بها، فإن فعَلَ ضمِنَ.

والثاني ورجَّحَه ابنُ قُدامةَ والمِرداويُّ وغيرُهم: أنَّه إنْ سافَرَ بها معَ القُدرةِ علىٰ مالِكِها أو نائِبِه بغيرِ إذنِه فهو مُفرِّطٌ وعليه الضَّمانُ؛ لأنَّه يُفوِّتُ علىٰ صاحِبِها إمكانَ استرجاعِها ويُخاطِرُ بها[1].

وذهَبَ المالِكيةُ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا سافَرَ بالوَديعةِ وهو قادِرٌ علىٰ إِيداعِها عندَ أَمينٍ فهلَكَت ضمِنَها، إلا أنْ تُردَّ سالِمةً إلىٰ مَحلِّها الذي كانَت

= و«الجوهرة النيرة» (4/ 158، 159)، و«الاختيار» (3/ 31)، و«مختصر الوقاية» (2/ 132)، و«اللباب» (1/ 646، 647).

(1) «المغني» (6/ 302، 303)، و«كشاف القناع» (4/ 212)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 241)، و«منار السبيل» (2/ 279)، و«الإفصاح» (2/ 6، 7).

فيه ثم تَتلفُ بعدَ ذلك فإنَّه لا ضَمانَ عليه حينَئذٍ لعَدمِ سَببِ الضَّمانِ، والقَولُ قَولُه إنَّه ردَّها سالِمةً إلىٰ مَحلِّها.

وإذا لَمْ يَقدرْ علىٰ أَمينٍ وخافَ عليها إنْ تُركَت فإنَّه لا ضَمانَ عليه إذا صحِبَها معَه فتلِفَت، ولا فَرقَ في السَّفرِ بينَ سَفرِ النَّقلةِ بالأَهلِ أو سَفرِ التِّجارةِ أو سَفرِ الزِّيارةِ.

جاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى»: قُلت: فلو أنَّ رَجلًا استَودَعني وَديعةً فحضَرَ مَسيرِي إلىٰ بعضِ البُلدانِ فخِفْت عليها فحملْتُها معي فضاعَت أأَضمنُ في قَولِ مالكٍ؟

قالَ: نعم. قُلت: وكيفَ أَصنعُ بها؟ قالَ: تَستودعُها في قَولِ مالكٍ ولا تُعرِّضُها للتَّلفِ[1].

واستَدلُّوا علىٰ عَدمِ جَوازِ السَّفرِ بالوَديعةِ بما قالَه القاضِي عبدُ الوَهابِ بأنَّ السَّفرَ لا يَحفظُ الوَديعةَ إذا أُودِعَتْ في البَلدِ فضمِنَها كما لو ترَكَها بمَوضعِ خَرابٍ لَمْ تَجرِ العادَةُ بأنْ يُحفظَ في مِثلِه، ولأنَّ ربَّها إنما أذِنَ له في حِفظِها في البَلدِ، ولَمْ يَأذنْ له في إخراجِها عنه، كما لو أذِنَ له في حِفظِها تحتَ يدِه ولَمْ يَأذنْ له في إيداعِها لغيرِه، فلما كانَ متىٰ أودَعَها لغيرِه ضمِنَ بتَعدِّيه بخُروجِه في حِفظِها علىٰ الوَجهِ المَأذونِ له فيه فكذلك إذا سافَرَ بها.

فإذا أرادَ السَّفرَ فله إيداعُها عندَ ثِقةٍ مَرضيٍّ مِن أَهلِ البَلدِ، ولا ضَمانَ عليه، قدَرَ علىٰ الحاكِمِ أو لَمْ يَقدرْ عليه، واختَلفَ أَصحابُ الشَّافعيِّ،

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 145).

فمنهم مَن يَقولُ إنْ أودَعَها لغيرِ الحاكمِ ضمِنَ، فدَليلُنا أنَّه أودَعَها مِن الحاجةِ لثَقةٍ مَرضيٍّ فأشبَهَ إيداعَها عندَ الحاكِمِ، ولأنَّه أَحدُ سَببَيْ حِفظِها فكانَ مُوكَلًا إلىٰ اجتِهادِه، كالحِرزِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا أرادَ سَفرًا -ولو قَصيرًا- وقد أخَذَ الوَديعةَ حَضرًا فيَجبُ عليه أنْ يَردَّها إلىٰ المالِكِ أو وَكيلِه؛ لأنَّه قائمٌ مَقامِه، سَواءٌ كانَ وَكيلًا خاصًّا في استِردادِها أو في عامةِ أشغالِه ليَخرجَ مِن العُهدةِ، فإنْ دفَعَ لغيرِه ضمِنَ في الأَجنبيِّ ولو عَدلًا قطعًا، وفي القاضِي علىٰ الأَصحِّ؛ لأنَّه لا وِلايةَ للحاكِمِ عليه.

فإنْ فُقدَ المالِكُ أو وَكيلُه لغَيبةٍ أو حَبسٍ أو تَوارٍ ولَمْ يَتمكنْ مِن الوُصولِ إليهما فيَردُّها إلىٰ الحاكِمِ إذا كانَ ثِقةً مَأمونًا؛ لأنَّه نائِبُ الغائِبِ ويَلزمُه القَبولُ والإِشهادُ علىٰ نَفسِه بقَبضِها، ولو أمَرَه القاضِي بدَفعِها إلىٰ أَمينٍ جازَ.



فإنْ فُقدَ الحاكِمُ بأنْ لَمْ يَكنْ في البَلدِ حاكِمٌ أو كانَ الحاكِمُ غيرَ أَمينٍ فيَدفعُها إلىٰ أَمينٍ يَأتمنُه عليها لئلَّا يَتضررَ بتَأخيرِ السَّفرِ؛ لمَا رُويَ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كانَت عندَه وَدائعُ بمَكةَ، فلمَّا أرادَ الهِجرةَ أودَعَها أمَّ أيمنَ،

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 111، 113)، رقم (969، 970)، و«المعونة» (2/ 182، 183)، و«التاج والإكليل» (4/ 261)، و«تحبير المختصر» (4/ 345)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 109)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 122، 123).

وخلَّفَ عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ليَردَّها»، ويَجبُ عليه الإشهادُ في أصحِّ الوَجهين؛ لأنَّ الأَمينَ قد يُنكرُ.

فإنْ دفعَها إلىٰ الحاكِمِ أو الأَمينِ معَ قُدرتِه علىٰ المالِكِ أو وَكيلِه ضمِنَها؛ لعُدولِه عن الواجِبِ عليه، كما لو زوَّجَ الحاكِمُ المَرأةَ معَ وُجودِ وَليِّها.

وكذا إذا دفعَها إلىٰ أَمينٍ معَ وُجودِ الحاكِمِ الثِّقةِ ضمِنَ في الأَصحِّ؛ لأنَّ عَدالةَ الحاكِمِ مُتفقٌ عليها.

والثاني: لا يَضمنُ إذا دفعَها إلىٰ أَمينٍ معَ وُجودِ الحاكِمِ؛ لأنَّه مَعذورٌ أودَعَ أَمينًا، فأشبَهَ ما إذا لَمْ يَجدِ المالِكَ ولا وَكيلَه ولا الحاكِمَ فدفَعَ إلىٰ أَمينٍ، فإنَّه لا يَضمنُ.

فإذا خالَفَ وسافَرَ بها فإنْ لَمْ يَكنْ به ضَرورةٌ إلىٰ السَّفرِ ضمِنَها، سَواءٌ كانَ السَّفرُ طَويلًا أم قَصيرًا، وسَواءٌ كانَ الطَّريقُ آمنًا أو مَخوفًا؛ لأنَّ أَمنَ السَّفرِ غَيرُ مَوثوقٍ به، فقد يَحدثُ الخَوفُ في الطَّريقِ، ولأنَّ في السَّفرِ بالوَديعةِ معَ التَّغريرِ بها إحالةً بينها وبينَ مالِكِها بإبعادِها عنه، وهذا عُدوانٌ، ولأنَّ العُرفَ في حِفظِ الوَدائعِ وإحرازِها جارٍ في الأَمصارِ دونَ الأَسفارِ، فكانَ الخُروجُ عن العُرفِ فيها عُدوانًا.

وإنْ دعَتْه إلىٰ السَّفرِ ضَرورةٌ بأنْ هجَمَ علىٰ البَلدِ فِتنةٌ، أو حَريقٌ، أو غَرقٌ، ولَمْ يَجدْ مَن يَأمنْ عليها مِن ذلك عندَه فله أنْ يُسافرَ بها، ولا يَضمنُ وإنْ كانَ الطَّريقُ مَخوفًا؛ لأنَّ هذا مَوضعُ ضَرورةٍ؛ لأنَّه لا يَتمكنُ مِن شيءٍ غيرِ ذلك.

ومِثلُ ذلك لو عزَمَ علىٰ السَّفرِ في وَقتٍ عجَزَ فيه عن المالِكِ والوَكيلِ والحاكِمِ فسافَرَ بها، فالأَصحُّ أنَّه لا ضَمانَ؛ لئلَّا يَنقطعَ عن مَصالحِه ويَنفرَّ النَّاسُ عن قَبولِ الوَدائعِ.

وإنْ حدَثَ له في الطَّريقِ خَوفٌ أَقامَ بها، فإنْ هجَمَ عليه قُطاعُ الطَّريقِ فطرَحَها بمَضيعةٍ ليَحفظَها فضاعَت ضمِنَ، وكذا إنْ دفَنَها خَوفًا منهم عندَ إقبالِهم ثُم أضَلَّ مَوضعَها(1).

الحالَةُ الرَّابعةُ: أنْ يُودعَه في السَّفرِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا أودَعَ وَديعةً في السَّفرِ فللمُودَعِ أنْ يُسافِرَ بها؛ لأنَّ الإيداعَ في السَّفرِ يَقتضي السَّفرَ بها، فإنْ سافَرَ بها وتلِفَت بالسَّفرِ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ إيداعَ المالِكِ له في هذه الحالَةِ يَقتضي الإذنَ في السَّفرِ.

قالَ الحَنابِلةُ: فإنْ هجَمَ قُطاعُ الطَّريقِ عليه فألقىٰ المَتاعَ المُودَعَ إخفاءً له وضاعَ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ هذا عادَةُ النَّاسِ في حِفظِ أموالِهم(2).

---

(1) «المهذب» (1/ 360، 361)، و«البيان» (6/ 482، 483)، و«الحاوي الكبير» (8/ 357، 360)، و«النجم الوهاج» (6/ 351، 354)، و«مغني المحتاج» (4/ 136، 137)، و«الديباج» (3/ 111، 112)، و«تحفة المحتاج» (8/ 315، 319).

(2) «كشاف القناع» (4/ 212، 213)، ويُنْظَر: «المعونة» (2/ 183)، و«البيان» (6/ 482)، و«مغني المحتاج» (4/ 138)، و«حاشية قليوبي» (3/ 449).

التَّصرفُ في الوَديعةِ ببَيعٍ أو إِجارةٍ أو إِعارةٍ:

التَّصرفُ في الوَديعةِ هو كلُّ عَقدٍ يُنشئُه المُودَعُ ويَكونُ مَحلُّه الوَديعةُ التي عندَه، مثلُ أنْ يَبيعَ الوَديعةَ أو يُؤجرَها أو يُقرضَها أو يُعيرَها أو يَرهنَها، ونحوُ ذلك مما يُعدُّ تَصرفًا.

وهذا التَّصرُّفُ مِن المُودَعِ لا يَخلو مِن حالتَينِ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَكونَ بإذنٍ مِن ربِّ الوَديعةِ: فيَصحُّ باتِّفاقٍ، ويَكونُ المُودَعُ في هذه الحالَةِ وَكيلًا عن ربِّ الوَديعةِ، وتَجري عليه أَحكامُ الوِكالةِ، ولا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه وَكيلُ ربِّ الوَديعةِ ونائِبُه في التَّصرفِ المَأذونِ له فيه شَرعًا.

الحالَةُ الثانيةُ: أنْ يَتصرَّفَ فيها ببَيعٍ أو إِجارةٍ أو غَيرِها بغَيرِ إِذنِ ربِّ الوَديعةِ، فهو في هذه الحالَةِ مُتعدٍّ وضامِنٌ لها.

قالَ ابنُ نُجيمٍ الحَنفيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الوَديعةُ لا تُودَعُ ولا تُعارُ ولا تُؤاجَرُ ولا تُرهنُ، فإنْ فعَلَ شَيئًا منها ضمِنَ[1].

قالَ الحَنفيةُ: وإنما لمْ يَكنْ للمُودَعِ أنْ يُؤجرَها لأنَّ الإِجارةَ عَقدٌ لازمٌ، والإِيداعُ عَقدٌ جائزٌ، فإذا كانَ المُستودَعُ مالِكًا الإِجارةَ فإما أنْ يَحصلَ لُزومُ ما لا يَلزمُ -أي أنَّ ذلك يُوجبُ لُزومَ عَقدِ الوَديعةِ مع كَونِها غيرَ

(1) «البحر الرائق» (7/ 275)، و«مجمع الضمانات» (1/ 194)، و«ابن عابدين» (8/ 337)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 338).

لازمةٍ- أو عَدمُ لُزومٍ، يَعني أنْ تَصيرَ الإِجارةُ غيرَ لازمةٍ معَ أنَّها لازمةٌ، بِناءً عليه فليسَ للمُستودَعِ أنْ يُؤجرَ الوَديعةَ بلا إِذنٍ لأَجلِ مَنافعِ نَفسِه، وليسَ له أنْ يُؤجرَها لأَجلِ المُودِعِ أيضًا، وليسَ له أنْ يُعيرَها؛ لأنَّ المُستودَعَ غيرُ مالِكٍ لمَنافعِ الوَديعةِ، وحيثُ إنَّ الإعارةَ تَمليكُ المَنافعِ، فليسَ مِن المُمكنِ أنْ يَملكَ شَخصٌ شَيئًا لا يَملِكُه.

وليسَ له أنْ يَرهنَها عندَ آخرَ؛ لأنَّ الرَّهنَ إِيفاءٌ حُكمًا، وليسَ لشَخصٍ أنْ يَفيَ دَينَه بمالِ الغيرِ بلا أَمرِ صاحِبِه، وعليه فكما أنَّه ليسَ للمُستودَعِ أنْ يَرهنَ الوَديعةَ بلا إِذنٍ لأَجلِ دَينِ نَفسِه أو دَينِ شَخصٍ أَجنبيٍّ، فليسَ له أنْ يَرهنَها لأَجلِ دَينِ المُودِعِ أَيضًا بلا إِذنٍ؛ لأنَّ الرَّهنَ عَقدٌ لازمٌ، والوَديعةُ ليسَت عَقدًا لازمًا.

فإنِ استَعملَها بلا إِذنٍ أو أَجرَها أو أَعارَها أو رَهنَها وسلَّمَها، وهلَكَت الوَديعةُ أو ضاعَت أو نقَصَت قِيمتُها في أَثناءِ الاستِعمالِ بيدِ المُستودَعِ أو بيدِ المُستأجِرِ أو المُستعيرِ أو المُرتهِنِ -ولو بلا تَعدٍّ أو تَقصيرٍ- لزِمَ الضَّمانَ علىٰ المُستودَعِ؛ لأنَّ هذه الأَعمالَ نَظرًا لكَونِها تَصرفًا في مِلكِ الغيرِ بلا إِذنٍ مُوجِبةٌ للضَّمانِ(1).

والمالِكُ بالخِيارِ في هذه الحالةِ، بينَ تَضمينِ الوَديعِ أو في تَضمينِ المُستأجِرِ أو المُستعيرِ أو المُرتَهنِ.

(1) «مرشد الحيران» (3/ 1219، 1220).





جاءَ في المادَّةِ (712) مِن «مَجلَّة الأَحكامِ العَدليَّةِ»: ليسَ للمُستودَعِ أنْ يَتصرَّفَ في العَينِ المُودعَةِ عندَه بإجارةٍ أو إعارةٍ أو رَهنٍ بلا إذنِ صاحِبِها، فإنْ فعَلَ ذلك وهلَكَت في يدِ المُستأجِرِ أو المُستعيرِ أو المُرتهِنِ فلمالِكِها الخِيارُ في تَضمينِ المُستودِعِ أو في تَضمينِ المُستأجِرِ أو المُستعيرِ أو المُرتَهِنِ.

قالَ في «دُررِ الحُكامِ شَرحِ مَجلَّةِ الأَحكامِ»: إذا أَجرَ المُستودَعُ الوَديعةَ بلا إذنٍ لآخَرَ وسلَّمَها فعندَ هَلاكِها بيدِ المُستأجرِ فالمُودَعُ مُخيَّرُ: إنْ شاءَ ضمَّنَها للمُستودَعِ بسَببِ أنَّه كالغاصِبِ وليسَ للمُستودَعِ في هذه الصُّورةِ أنْ يَرجعَ علىٰ المُستأجرِ إنْ كانَ هَلاكُها بيدِ المُستأجِرِ حصَلَ بلا تَعدٍّ ولا تَقصيرٍ، وإنْ شاءَ ضمَّنَها للمُستأجِرِ بسَببِ أنَّه بحُكمِ غاصِبِ الغاصِبِ.

وإذا أَعارَ المُستودَعُ الوَديعةَ بلا إذنٍ وهلَكَت بيدِ المُستعيرِ فالمُودِعُ مُخيَّرٌ، إنْ شاءَ ضمَّنَها للمُستودَعِ، وفي هذه الحالَةِ ليسَ للمُستودَعِ أنْ يَرجعَ علىٰ المُستعيرِ إذا كانَ هَلاكُها بلا تَعدٍّ ولا تَقصيرٍ لأنَّ المُستودَعَ مالِكٌ للمُستعارِ بسَببِ الضَّمانِ والمُستعارُ أَمانةٌ بيدِ المُستعيرِ، وإنْ شاءَ ضمَّنَها للمُستعيرِ وليسَ لهذا -والحالَةُ هذه- أنْ يَرجعَ علىٰ المُستودَعِ.

وإذا رهَنَ المُستودَعُ الوَديعةَ بلا إذنٍ عندَ آخرَ ولَمْ يُجزِ المُودِعُ الرَّهنَ فإنْ كانَت الوَديعةُ مَوجودةً فكما له أنْ يَستردَّها عَينًا مِن المُرتَهنِ يَكونُ المُودِعُ مُخيَّرًا إذا هلَكَت، إنْ شاءَ ضمَّنَها للمُستودَعِ وليسَ لهذا في تلك الحالَةِ أنْ يُضمِّنَ المُرتهنَ قِيمتَها بالِغًا ما بلَغَ، بل يَسقطُ الدَّينُ بتَقديرِ هَلاكِ



الوَديعـةِ بـلا تَعـدٍّ بيـدِ المُـرتهنِ، وإنْ شـاءَ ضـمَّنَها للمُـرتهنِ، وإذا ضـمَّنَها للمُرتهنِ يَرجعُ المُرتهنُ علىٰ المُستودَعِ.

إذا بـاعَ المُسـتودَعُ الوَديعـةَ بـلا إذنٍ لآخـرَ وهلَكَـت بعـدَ التَّسـليمِ بيـدِ المُشتَري فالمُودِعُ مُخيَّرٌ، إنْ شـاءَ ضـمَّنَها للمُستودَعِ، فيَنفذُ البَيعُ في تلك الحالَةِ، وإنْ شاءَ ضمَّنَها للمُشتَري وهو يَرجعُ علىٰ المُستودَعِ.

إذا وهَـبَ المُسـتودَعُ الوَديعـةَ بـلا إذنٍ لآخـرَ وسـلَّمَها فهلَكَـت بيـدِ المَوهوبِ له فالمُودِعُ مُخيَّرٌ، إنْ شاءَ ضمَّنَ المُستودَعَ وليـسَ للمُسـتودَعِ -والحالَةُ هذه- أنْ يَرجعَ علىٰ المَوهـوبِ لـه، وإنْ شـاءَ ضـمَّنَ المَوهـوبَ لـه وليسَ له أنْ يَرجعَ علىٰ المُستودَعِ[1].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو أجَّرَ العَينَ المُودعةَ لمَن تَكونُ الأُجـرةُ؟، هل تَكونُ لربِّ الوَديعةِ أم للمُودَعِ؟ وكذلك لو باعَها فربِحَ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّ الأُجرةَ تَكونُ للمُودَعِ مُقابلَ ضَمانِه للوَديعةِ[2].

قالَ الإمامُ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولـو أكرىٰ الإبـلَ -أي المُـودَعـةَ- إلـىٰ مَكةَ وأخَذَ الكِراءَ كانَ الكِراءُ له؛ لأنَّـه وجَـبَ بعَقـدِه، وليسَـت الغَلةُ كالولَـدِ ولا كالصُّـوفِ واللَّبنِ، فإنَّ ذاك يَتولـدُ مِن الأَصـلِ فيُملكُ بمِلكِ الأَصـلِ، وهذا غيرُ مُتولِّدٍ مِن الأَصلِ، بل هو واجبٌ بالعَقدِ فيَكونُ للعاقِدِ[3].

(1) «درر الحكام» (2/ 269، 270).
(2) «المبسوط» (11/ 126).
(3) «المبسوط» (11/ 126).

ويَنبَغي أنْ يَجريَ الخِلافُ السابِقُ في مَسألةِ إذا اتَّجرَ بمالِ الوَديعةِ فربِحَ، **فعندَ أَبي يُوسفَ** يَطيبُ للمُودَعِ، **وعندَ أَبي حَنيفةَ ومُحمَّدٍ** هو للمُودَعِ لكنْ لا يَطيبُ له ويَجبُ عليه أنْ يَتصدَّقَ به، وقد تقَدمَت المَسألَةُ بالتَّفصيلِ وبأَقوالِ العُلماءِ فيها، وهو ما وجَدتُه مُصرَّحًا به في بَيعِ المُودَعِ للوَديعةِ، **كما في «المُحيطِ البُرهانيِّ» للإمامِ بُرهانِ الدِّينِ ابنِ مازةَ حيثُ قالَ:** وأَصلُ المَسألةِ: المُودَعُ إذا باعَ الوَديعةَ وربِحَ ثُم ضمِنَ هل يَطيبُ له الرِّبحُ؟ فهو علىٰ هذا الاختِلافِ.

أي عندَ أَبي حَنيفةَ ومُحمَّدٍ لا يَطيبُ له الرِّبحُ؛ لأنَّ شَرطَ الطَّيبِ عندَهما المِلكُ والضَّمانُ، والضَّمانُ ههنا وإنْ كانَ واجبًا وَقتَ المُبادلةِ فالمِلكُ لمْ يَكنْ.

وعندَ أَبي يُوسُفَ يَطيبُ له الرِّبحُ؛ لأنَّ شَرطَ الطِّيبِ الضَّمانُ ليس غيرُ، وقد وُجدَ ذلك ههنا[1].

وأما المالِكيةُ فقالُوا: مَن استُودِعَ إبلًا مثلًا أو دابَّةً أو سَفينةً فتَعدَّىٰ عليها وأَكراها لمَكةَ مَثلًا ورجعَت بحالِها مِن غيرِ نَقصٍ في ذاتِها مِثلُ ما كانَت عليه يَومَ الإيداعِ إلا أنَّه حبَسَها عن أَسواقِها -سَواءٌ كانَت للتِّجارةِ أو للقِنيةِ- بأنْ كانَت زَمنَ غَيبتِها غاليةً فربُّ الوَديعةِ مُخيَّرٌ بينَ أَمرينِ:

الأَولُ: أنْ يَأخذَ قِيمتَها يَومَ كِرائِها؛ لأنَّه يَومُ التَّعدِّي، ولا كِراءَ له مع أَخذِ القِيمةِ.

(1) «المحيط البرهاني» (5/ 456).

والثاني: له أنْ يَأخذَ الكِراءَ والدابَّةَ، لكنْ يَكونُ عليه نَفقتُها.

وكذلك الحُكمُ في المُستعيرِ وفي المُكتَري يَتعدَّيانِ المَسافةَ المُشترطَةَ، فيُخيَّرُ ربُّها إنْ شاءَ أخَذَها وأخَذَ أُجرةَ المَسافةِ التي تَعدَّىٰ بها، وعليه حينَئذٍ نَفقتُها، فإنْ زادَت نَفقتُها عن الكِراءِ فلا يَغرمُ ربُّها شَيئًا ولا يَأخذُ معها شَيئًا، أو يَأخذُ قِيمتَها يومَ كِرائِها.

وهذا إذا رجِعَت بحالِها، أما لو حصَلَ فيها تَغيرٌ فنقَصَها فربُّها مُخيَّرٌ بينَ ثَلاثةِ أُمورٍ، سَواءٌ حبَسَها عن أَسواقِها أم لا:

الأَولُ: يُخيَّرُ ربُّها بينَ أَخذِها وما نقَصَها.

والثاني: أو أَخذِ الكِراءِ.

والثالث: أو تَضمينِه قِيمتَها يَومَ الكِراءِ؛ لأنَّه يَومُ التَّعدِّي.

وأما إنْ تلِفَت فلربِّها القِيمةُ يَومَ الكِراءِ لأنَّه يَومُ التَّعدِّي، ولا كِراءَ لها ولو كانَ أَكثرَ مِن القِيمةِ، إلا إذا أرادَ المُودَعُ دَفعَ الكِراءِ له[1].

وجاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى»: قُلت: أَرأيتَ إنِ استَودعَني إبلًا فأَكريْتُها إلىٰ مَكةَ، أيَكونُ لربِّها من الكِراءِ شَيءٌ أم لا؟

قالَ: كلُّ ما كانَ أَصلُه أَمانةً فأَكْراه فربُّه مُخيَّرٌ إنْ سلِمَت الإبلُ ورجِعَت بحالِها، في أنْ يَأخذَ كِراءَها ويَأخذَ الإِبلَ، وفي أنْ يَتركَها له ويُضمِّنَه قِيمتَها ولا

(1) «التاج والإكليل» (4/ 272)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 115)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 133)، و«تحبير المختصر» (4/ 355)، و«منح الجليل» (7/ 27).

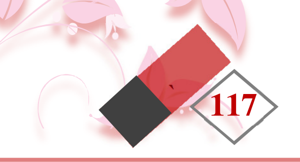
شَيءَ له مِن الكِراءِ إذا كانَ قد حبَسَها عن أَسواقِها ومَنافعِه بها، وهذا بمَنزلةِ رَجلٍ أعارَه رَجلٌ دابَّةً أو أَكْراه دابَّةً إلىٰ مَوضعٍ مِن المَواضعِ فتعَدَّىٰ عليها؛ لأنَّ أَصلَ هذا كلِّه لَمْ يَضمنْه إلا بتَعدِّيه فيه، فهذا كلُّه بابٌ واحدٌ، وهذا في الوَديعةِ وفي الدَّينِ علىٰ نَحوِ قَولِ مالِكٍ في الذي يَستعيرُ الدابَّةَ فيَتعدَّىٰ، وعلىٰ الذي يَتكارىٰ الدابَّةَ فيَتعدَّىٰ عليها، وهذا في الكِراءِ والعاريةِ قَولُ مالِكٍ[1].

وقالَ المالِكيةُ أيضًا: إنْ باعَ المُودَعُ الوَديعةَ بغيرِ إذنِ مالِكِها وهي عَرضٌ فربُّها مُخيَّرٌ عند عَدمِ فَواتِها في إجازةِ البَيعِ وأَخذِ الثَّمنِ الذي بِيعَت به، أو ردِّ البَيعِ وأَخذِ سِلعتِه.

وأما عندَ فَواتِها فيُقضَىٰ له بأَخذِ الأَكثرِ مِن الثَّمنِ أو قِيمتِها يَومَ التَّعدِّي؛ لأنَّه فُضوليٌّ، ومِثلُه كلُّ مُتعدٍّ بالبَيعِ علىٰ سِلعةِ غيرِه ولو غاصبًا، وهكذا حُكمُ بَيعِ الوَديعةِ مِن غيرِ اتِّجارٍ في ثَمنِها.

وأما لو باعَها علىٰ وَجهِ التِّجارةِ ففي بَيعِها تَفصيلٌ مُحصَّلُه: إنْ باعَها بعَرضٍ والعَرضُ بعَرضٍ وهلُمَّ جرًّا فلا رِبحَ له وله الأَجرُ، وإنْ باعَها بدَراهمَ فالرِّبحُ الكائِنُ في ثَمنِها لربِّها، مِثالُ ذلك أنْ يُودعَه سِلعةً اشتَراها بعَشرةٍ فباعَها بعِشرينَ فربُّها له إجازةُ البَيعِ وأَخذُ العِشرينَ أو ردُّ البَيعِ وأَخذُ سِلعتِه، وبعدَ الفَواتِ يُخيَّرُ بينَ الإجازةِ وأَخذِ ما بِيعَت به أو تَضمينِه القِيمةَ يَومَ بَيعِها، والمُرادُ أنَّ له الأَكثرَ مِن الثَّمنِ والقِيمةِ، والظاهِرُ مِن كَلامِ أَهلِ المَذهبِ أنَّه لا أَجرَ له في البَيعِ لأنَّه مُتعدٍّ به، ولعلَّ الفَرقَ بينَ هذا وبينَ المتَّجِرِ

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 157).



في العَرضِ بعَرضٍ له الأَجرُ أنَّ المتَّجرَ إنما فعَلَ مَكروهًا بخِلافِ هذا.

قالَ النَّفراويُّ: (تَنبيهٌ): مِثلُ المودَعِ في استِحقاقِ الرِّبحِ عندَ الاتِّجارِ بالعَينِ الوصيُّ يَتجرُ بأَموالِ اليَتامَىٰ، له الرِّبحُ وعليه الخُسرُ، ومِثلُهما أيضًا ناظِرُ الوَقفِ يَتجرُ في مالِ الوَقفِ، إلا أنَّ الوَصيَّ والناظِرَ يَحرمُ عليهما التَّصرفُ فيما تحتَ أَيديهما، ومِثلُ مَن ذُكرَ الغاصبُ لدَراهمَ واتجَرَ فيها، فإنما عليه رَأسُ المالِ والرِّبحُ له؛ لأنَّ الضَّمانَ عليه لو كانَ صاحِبُ الدَّراهمِ تاجرًا علىٰ المُعتمدِ؛ لأنَّ كلَّ مَن ذُكرَ لم يَقبضِ المالَ تَنميةً لربِّه، بخِلافِ المُبضَعِ معَه والمُقارَضِ إذا اتَّجرا بما في أَيديهما، فلا رِبحَ لهما بل لربِّ المالِ، وأما لو حصَلَ خُسرٌ فهو عليهما بتَعدِّيهما.

(تَنبيهٌ آخرُ): مَحلُّ تَخيرُ صاحِبِ الوَديعةِ في الإِجازةِ والردِّ... إلخ ما لَمْ يَحضرْ عَقدَ البَيعِ أو يَبلغْه البَيعُ ويَسكتُ مُدةً بحيثُ يُعدُّ راضيًا، وإلا لزِمَه البَيعُ وأَخذُ ما بِيعَت به مِن قَليلٍ أو كَثيرٍ[1].

إِيداعُ الوَديعةِ عندَ آخرَ:

المُودَعُ إذا أَودَعَ الوَديعةَ عندَ غيرِه فهذا لا يَخلو مِن ثَلاثةِ أَحوالٍ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَأذنَ له ربُّها بالإِيداعِ عندَ آخرَ:

إذا أَذِنَ ربُّ الوَديعةِ للمُودَعِ أنْ يُودِعَ الوَديعةَ عندَ شَخصٍ آخرَ صحَّ

(1) «الفواكه الدواني علىٰ رسالة ابن أبي زيد القيرواني» (2/ 268، 269)، و«مواهب الجليل» (7/ 229)، و«أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» (2/ 274).





وخرَجَ المُودَعُ الأَولُ مِن العُهدةِ وصارَ الثانِي مُستودَعًا، **هكذا نصَّت «مَجلّة الأَحكامِ العَدليّة» المادَّة (791) جاءَ فيها:** «إذا أودَعَ المُستودَعُ الأَولُ الوَديعةَ عندَ آخرَ بإِذنِ المُودِعِ خرَجَ المُستودَعُ الأَولُ مِن العُهدةِ وصارَ الثانِي مُستودَعًا»

وكذا إذا أودَعَ المُستودَعُ الوَديعةَ بلا إِذنٍ عندَ شَخصٍ آخرَ وأجازَ المُودِعُ ذلك أَخيرًا الوديعةُ موجودةٌ بيدَ المُستودِعِ الثانِي يَخرجُ المُستودَعُ الأَولُ مِن العُهدةِ ويَصيرُ المُستودَعُ الثانِي -يَعني ذلك الشَّخصَ- مُستودَعًا.

يَعني تَكونُ كأنَّها أُودِعَت مِن طَرفِ المُودِعِ رَأسًا عندَ ذلك الشَّخصِ، ويَكونُ المُستودَعُ الأَولُ خارِجًا مِن المَسؤوليةِ، وفي تلك الحالةِ لا يَلزَمُ الضَّمانُ علىٰ المُستودَعِ الأَولِ[1].

وهذا مما لا يُخالِفُ فيه بَقيّةُ المَذاهبِ؛ لأنَّ المالِكَ له حقُّ التَصرُّفِ في وَديعتِه يُودِعُها عندَ مَن يَشاءُ أو يَأذنُ لمَن أودَعَها عندَه أنْ يَنقلَ إِيداعَها إلىٰ مَن يَشاءُ.

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَنهاه عن إِيداعِ الوَديعةِ عندَ أَجنبيٍّ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ ربَّ الوَديعةِ إذا أودَعَ الوَديعةَ عندَ شَخصٍ ونَهاه أنْ يُودِعَها عندَ آخرَ فأودَعَها أنَّه ضامِنٌ لها.

(1) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 266، 267).

الحالَةُ الثالِثةُ: أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ وهذا لا يَخلو مِن صُورتَينِ:

الصُّورَةُ الأُولى: أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ لغيرِ عُذرٍ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ على أنَّ المُودَعَ لا يَجوزُ له أنْ يُودِعَ الوَديعةَ عندَ أَجنبيٍّ لغيرِ عُذرٍ وإنْ كانَ الأَجنبيُّ أَمينًا إذ لَمْ يَرضَ ربُّها إلا بأَمانتِه؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَتضمنُ مِثلَه، كالوَكيلِ لا يُوكلُ غيرَه، فإنْ أودَعَ الوَديعةَ عندَ أَجنبيٍّ صارَ ضامنًا لها؛ لأنَّه رضِيَ بيدِه لا بيدِ غيرِه، والأَيدي تَختلفُ في الأَمانةِ فضمِنَها كما لو نَهاه عن إِيداعِها، فإنَّه أمَرَه بحِفظِها بنَفسِه ولمْ يَرضَ لها غيرَه فصارَ ضامنًا، وذلك لأنَّ المُودَعَ مُراعىٰ في الوَديعةِ، لاختِلافِ الناسِ في الحِفظِ والأَمانةِ، وقد يَرضىٰ المُودِعُ بإِيداعِ مالِه عندَ شَخصٍ دونَ آخرَ، فإذا فعَلَ المُودَعُ ذلك ودفَعَ الوَديعةَ إلىٰ أَجنبيٍّ فقد صارَ تارِكًا للحِفظِ الذي التزَمَه، مُستحفِظًا عليه غيرَه، فيَكونُ ضامِنًا لأنَّ المُودِعَ لَمْ يَرضَ به فيَكونُ ضامنًا.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا في هذه الحالَةِ إذا أودَعَها عندَ أَجنبيٍّ لغيرِ عُذرٍ فضاعَت عندَه علىٰ مَن يَكونُ الضَّمانُ؟ هل علىٰ الأوَّلِ؟ أم له أنْ يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ والصَّاحبانِ مِن الحَنفيةِ أَبو يُوسفَ ومُحمدٌ إلىٰ أنَّ للمالِكِ تَضمينَ أيِّهما شاءَ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الأَولَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ الثانِي، فإنْ ضمَّنَ الأَولَ لا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ الثانِي، وإنْ ضمَّنَ الثانِي يَرجعُ به علىٰ الأَولِ، وذلك لأنَّه

وُجدَ مِن كلِّ واحدٍ منهما سَببُ وُجوبِ الضَّمانِ، أما الأَولُ فلأنَّه دفَعَ مالَ الغيرِ إلىٰ غيرِه بغيرِ إذنِه، وأما الثاني فلأنَّه قبَضَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه، وكلُّ واحدٍ منهما سَببٌ لوُجوبِ الضَّمانِ، فيُخيَّرُ المالِكُ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الأَولَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ الثانِي كمُودعِ الغاصِبِ معَ الغاصِبِ، غيرَ أنَّه إنْ ضمَّنَ الأَولَ لا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ الثَّاني؛ لأنَّه ملَكَ الوَديعةَ بأداءِ الضَّمانِ، فتبَيَّنَ أنَّه أودَعَ مالَه نفسَه إيَّاه، فهذا مُودَعٌ هلَكَت الوَديعةُ في يدِه فلا شَيءَ عليه، وإنْ ضمَّنَ الثاني يَرجعْ بالضَّمانِ علىٰ الأَولِ؛ لأنَّ الأَولَ غرَّه بالإيداعِ فيَلزمُه ضَمانُ الغُرورِ، كأنَّه كفَلَ عنه بما يَلزمُه مِن العُهدةِ في هذا العَقدِ؛ إذ ضَمانُ الغُرورِ ضَمانُ كَفالةٍ لمَا عُلمَ.

وهذا الحُكمُ إذا لمْ يَعلمِ الثاني بالحالِ، أي لمْ يَعلمْ أنَّ المُودَعَ الأَولَ أودَعَها إيَّاه مِن غيرِ عُذرٍ، فإنْ علِمَ أنَّه أودَعَها إيَّاه بغيرِ عُذرٍ استقرَّ الضَّمانُ عليه **عندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ في المَذهبِ** ولمْ يَرجعْ بما ضمِنَه علىٰ الأَولِ؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ أنَّه يَضمنُ فلمْ يَرجعْ.

وقالَ الإمامُ أبو حَنيفةَ والقاضِي مِن الحَنابِلةِ: إذا أودَعَها عندَ مَن ليسَ له أنْ يُودعَه فضاعَت في يدِ الثاني فالضَّمانُ علىٰ الأَولِ لا علىٰ الثانِي.

وَجهُ قَولِ أبي حَنيفةَ أنَّ يدَ المُودَعِ الثاني ليسَت بيدٍ مانِعةٍ، بل هي يدُ حِفظٍ وَصيانةِ الوَديعةِ عن أسبابِ الهَلاكِ، فلا يَصلُحُ أنْ يَكونَ سببًا لوُجوبِ الضَّمانِ؛ لأنَّه مِن بابِ الإحسانِ إلىٰ المالِكِ، قالَ اللهُ جلَّ شَأنُه: ﴿مَا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ مِن سَبِيلٖ﴾ [التوبة: 91]، وكانَ يَنبغي ألَّا يَجبَ الضَّمانُ علىٰ

الأَولِ أَيضًا؛ لأنَّ الإِيداعَ منه مُباشرةُ سَببِ الصِّيانةِ والحِفظِ له، فكانَ مُحسنًا فيه، إلا أنَّه صارَ مَخصوصًا عن النَّصِّ، فبقِيَ المُودَعُ الثاني علىٰ ظَاهرِه، وهذا إذا لَمْ يَستهلكْها الثانِي فيَكونُ الضَّمانُ عليه إِجماعًا ويَكونُ صاحِبُها بالخِيارِ: إنْ شاءَ ضمَّنَ الأَولَ، أو الثانِي، فإنْ ضمَّنَ الأَولَ رجِعَ علىٰ الثانِي، وإنْ ضمَّنَ الثانِي لا يَرجعُ علىٰ الأَولِ[1].

الصُّورةُ الثَّانيةُ: أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ لعُذرٍ:

المُودَعُ إذا كانَ له عُذرٌ بأنْ وقَعَ في دارِه حَريقٌ أو خافَ مِن حَرقٍ أو غَرقٍ فهذا لا يَخلو مِن أَحدِ ضَربينِ:

الضَّربُ الأَولُ: أنْ يَستطيعَ أنْ يُردَّها على صاحِبِها أو وَكيلِه في أَخذِها -أو مَن في عيالِه عندَ الجُمهورِ خِلافًا للشافِعيةِ-، ففي هذه الحالَةِ لا يَجوزُ له أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ، فإنْ فعَلَ ضمِنَ لأنَّه دفعَها إلىٰ غيرِ مالِكِها بغيرِ إِذنٍ منه مِن غيرِ عُذرٍ، فضمِنَها كما لو أودَعَها مِن غيرِ عُذرٍ، **وهذا محَلُّ اتِّفاقٍ بينَ الفُقهاءِ.**

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 208)، و«مجمع الضمانات» (1/ 211)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 150، 151)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133)، و«اللباب» (1/ 644)، و«التاج والإكليل» (4/ 266)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 112)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 127)، و«تحبير المختصر» (4/ 349، 350)، و«المهذب» (1/ 361)، و«البيان» (6/ 487، 489)، و«مغني المحتاج» (4/ 135، 136)، و«المغني» (6/ 103)، و«شرح الزركشي» (2/ 296)، و«كشاف القناع» (4/ 211)، و«منار السبيل» (2/ 277)، و«الإفصاح» (2/ 9).



الضَّربُ الثاني: ألَّا يَستطيعَ أنْ يَردَّها على مالِكِها أو وَكيلِه:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنه إذا لَمْ يَجدْ ربَّها أو وَكيلَه وكانَ الحاكمُ ظالمًا أنَّ له أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ، واختلَفُوا فيما إذا لَمْ يَستطعِ المُودَعُ ردَّ الوَديعةِ علىٰ المالِكِ أو وَكيلِه معَ وُجودِ الحاكِمِ هل يَجوزُ له أنْ يُودعَها عندَ غيرِه أم لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه يَجوزُ أنْ يُودعَها عندَ غيرِه معَ وُجودِ الحاكِمِ، إلا أنَّه لا يُصدَّقُ في الدَّفعِ إلىٰ الغيرِ بسَببِ العُذرِ إلا ببيِّنةٍ.

فقالَ الحَنفيةُ: إذا كانَ هناك عُذرٌ بأنْ وقَعَ في دارِه حَريقٌ أو كانَ في السَّفينةِ فخافَ الغرَقَ ولَمْ يَستطعْ أنْ يَردَّها علىٰ ربِّها أو مَن في عيالِه فدفَعَ الوَديعةَ إلىٰ غيرِه فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ الدَّفعَ إليه في هذه الحالةِ تعيَّنَ طَريقًا للحِفظِ، فكانَ الدَّفعُ بإذنِ المالِكِ دَلالةً فلا يَضمنُ.

ولو أودَعَ غيرَه وادَّعىٰ أنَّه فعَلَ عن عُذرٍ لا يُصدَّقُ علىٰ ذلك إلا ببيِّنةٍ **عندَ أبي يُوسفَ وهو قِياسُ قَولِ أبي حَنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ كذا ذكَرَ الشَّيخُ القُدوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ**؛ لأنَّ الدَّفعَ إلىٰ غيرِه سَببٌ لوُجوبِ الضَّمانِ في الأَصلِ، فدَعوىٰ الضَّرورةِ دَعوىٰ أمرٍ عَارضٍ يُريدُ به دَفعَ الضَّمانِ عن نَفسِه فلا يُصدَّقُ إلا بحُجةٍ، هذا إذا هلَكَت الوَديعةُ في يدِ المُودَعِ الثاني، فأما إذا استهلَكَها فالمالِكُ بالخيارِ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الأَولَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ الثانِي بالإِجماعِ، غيرَ أنَّه إنْ ضمَّنَ الأَولَ يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ الثانِي، وإنْ ضمَّنَ

الثانِي لا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ الأَولِ؛ لأنَّ سَببَ وُجوبِ الضَّمانِ وُجِدَ مِن الثانِي حَقيقةً وهو الاستِهلاكُ[1].

وقالَ المالِكيةُ: المُودَعُ إذا حدَثَ عندَه عُذرٌ بأنْ خافَ عَورةَ مَنزلِه أو هَدمَ دارِه أو جارَ سُوءٍ فإنِ استَطاعَ أنْ يَردَّها إلىٰ ربِّها ولَمْ يَردَّها إليه ضمِنَها؛ لأنَّه قدَرَ علىٰ المالِكِ، فإنْ عجَزَ عن الرَّدِ لربِّها سَواءٌ كانَ لغَيبةٍ أو سِجنٍ فله إيداعُها عندَ أَمينٍ ولا ضَمانَ عليه إنْ تلِفَت أو ضاعَت عندَ المُودَعِ الثانِي، ويَجبُ عليه الإشهادُ أنَّه أودَعَ لهذا العُذرِ، ولا يُصدَّقُ إنِ ادَّعىٰ أنَّه أودَعَ للعُذرِ بلا بَينةٍ، ولا بدَّ مِن مُعاينةِ البَينةِ للعُذرِ، ولا يَكفي قَولُه: اشهَدُوا أنِّي أودَعْتُها للعُذرِ مِن غيرِ أنْ تَراه.

وهذا الحُكمُ فيما لو حدَثَ هذا العُذرُ بعدَ الإيداعِ، أما لو كانَ مَوجودًا عندَ الإيداعِ والمُودِعُ -بكَسرِ الدَّالِ- عالِمٌ فليسَ للمُودَعِ -بالفَتحِ- أنْ يُودعَها غيرَه، ولا ضَمانَ عليه إنْ تلِفَت حيثُ لَمْ يُودعْها، وإنْ كانَ غيرَ عالِمٍ ضمِنَها المُودَعُ سَواءٌ ضاعَت عندَه أو عندَ غيرِه، إلا أنْ يَكونَ ضَياعُها عندَه مِن غيرِ ذلك السَّببِ الذي خافَ منه[2].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 208)، و«مجمع الضمانات» (1/ 211)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 150، 151)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133)، و«اللباب» (1/ 644).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 266)، و«مواهب الجليل» (7/ 232)، و«تحبير المختصر» (4/ 350، 351)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 112)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 127، 128).



سُئلَ الإمامُ مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن الرَّجلِ يَستودِعُ الرَّجلَ الوَديعةَ فيَستودعُها غيرَه، هل عليه ضَمانٌ؟

قالَ: إنْ كانَ رَجلٌ أرادَ سَفرًا، أو كانَ بَيتُه مُعوِرًا، أو ما أشبَهَ هذا مِن العُذرِ، فأَرىٰ ألَّا ضَمانَ عليه، وإنْ كانَ ليسَ له عُذرٌ مِن هذا فأَراه ضَامنًا[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ له الدَّفعُ إلىٰ أجنبيٍّ معَ وُجودِ الحاكِمِ.

قالَ الشافِعيةُ: إذا وُجدَ عُذرٌ فاستَطاعَ المُودَعُ أنْ يَردَّ الوَديعةَ إلىٰ مالِكِها أو وَكيلِه ردَّها عليهم، ولا يَجوزُ له أنْ يُودعَها عندَ أَجنبيٍّ، فإنْ فعَلَ ضمِنَ.

فإنْ فُقدَ المالِكُ أو وَكيلُه لغَيبةٍ أو حَبسٍ أو تَوارٍ ولَمْ يَتمكَّنْ مِن الوُصولِ إليهما فيَردُّها إلىٰ الحاكِمِ إذا كانَ ثِقةً مَأمونًا لأنَّه نائبُ الغائِبِ، ويَلزمُه القَبولُ والإشهادُ علىٰ نَفسِه بقَبضِها ولو أمَرَه القاضِي بدَفعِها إلىٰ أمينٍ جازَ.

فإنْ فُقدَ الحاكِمُ بأنْ لَمْ يَكنْ في البَلدِ حاكِمٌ أو كانَ الحاكِمُ غيرَ أَمينٍ فيَدفعُها إلىٰ أَمينٍ يَأتمنُه عليها، ويَجبُ عليه الإشهادُ في أَصحِّ الوَجهينِ لأنَّ الأَمينَ قد يُنكِرُ.

فإنْ دفَعَها إلىٰ الحاكِمِ، أو الأمينِ معَ قُدرتِه علىٰ المالِكِ أو وَكيلِه

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 76).

ضمِنهَا لعُدولِه عن الواجِبِ عليه، كما لو زوَّجَ الحاكِمُ المَرأةَ معَ وُجودِ وَليِّها.

وكذا إذا دفعَها إلىٰ أَمينٍ معَ وُجودِ الحاكِمِ الثِّقةِ ضمِنَ في الأَصحِ؛ لأنَّ عَدالةَ الحاكِمِ مُتفقٌ عليها.

والثاني: لا يَضمنُ إذا دفعَها إلىٰ أَمينٍ معَ وُجودِ الحاكِمِ؛ لأنَّه مَعذورٌ أودَعَ أَمينًا فأشبَهَ ما إذا لَمْ يَجدِ المالِكَ ولا وَكيلَه ولا الحاكِمَ، فدفَعَ إلىٰ أَمينٍ؛ فإنَّه لا يَضمنُ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إذا أودَعَها عندَ غيرِه لعُذرٍ، بأنْ خافَ عليها مِن حَريقٍ أو ظالِمٍ ونحوِ ذلك، ولَمْ يَجدْ ربَّها ولا وَكيلَه، فيَجوزُ ولا ضَمانَ عليه لمَكانِ العُذرِ.

إلا أنَّهم اختلَفُوا هل يَلزمُه في هذه الحالَةِ أنْ يَدفعَها إلىٰ الحاكِمِ أم يَجوزُ عندَ ثِقةٍ أَمينٍ معَ وُجودِ الحاكِمِ؟ قَولانِ في المَذهبِ:

أَحدُهما: أنَّه إنْ قدَرَ علىٰ الحاكِمِ لا يَجوزُ له أنْ يُودعَها عندَ ثِقةٍ؛ لأنَّ غيرَ الحاكِمِ لا وِلايةَ له.

والثاني: لا يُشترطُ دَفعُها إلىٰ الحاكِمِ، بل يَكفي إِيداعُها عندَ ثِقةٍ ولا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه قد يَكونُ أَحفظَ لها وأَحبَّ إلىٰ صاحِبِها.

---

(1) «المهذب» (1/ 361)، و«البيان» (6/ 487، 488)، و«روضة الطالبين» (4/ 578، 579)، و«النجم الوهاج» (6/ 349، 354)، و«مغني المحتاج» (4/ 135، 137)، و«الديباج» (3/ 110، 112)، و«تحفة المحتاج» (8/ 314، 319).





وهذا إذا وجَدَ الحاكِمَ، أما إذا لم يَجدِ الحاكِمَ فيَدفعُها إلىٰ ثِقةٍ[1].

وهذا الحُكمُ في غيرِ الاستِعانةِ بالغيرِ في حَملِ الوَديعةِ وحِفظِها في الحِرزِ وكذا سَقيُها وعَلفُها، **كما نصَّ على ذلك الشافِعيةُ والحَنابِلةُ،** ولا ضَمانَ عليه وإنْ تلِفَت في هذه الحالَةِ، وذلك لأنَّ العادَةَ جرَت بالاستِعانةِ، ولأنَّه ما أخرَجَها عن يدِه ولا فوَّضَ حِفظَها إلىٰ غيرِه[2].

حِفظُ الوَديعةِ عندَ أَولادِه أو زَوجتِه:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المُودَعِ هل يَجوزُ له أنْ يَدفعَ الوَديعةَ إلىٰ أَولادِه أو خادِمِه أو زَوجتِه الأمينةِ ولا ضَمانَ عليه إنْ تلِفَت الوَديعةُ في أيدِيهم، أم لا يَجوزُ له أنْ يَدفعَ إلىٰ أيٍّ منهم؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ للمُودَعِ أنْ يَدفعَ الوَديعةَ إلىٰ مَن في عيالِه كوَلدِه ووالدَيْه وزَوجتِه **-وأَجيرِه الخاصِّ عندَ أَبي حَنيفةَ-** ليَحفظَها إذا كانُوا أُمناءَ؛ لأنَّه حِفظَها بما يَحفظُ به مالَه، فأشبَهَ ما لو حِفظَها بنَفسِه، وكما لو دفَعَ الماشِيةَ إلىٰ الرَّاعي أو دفَعَ البَهيمةَ إلىٰ غُلامِه ليَسقيَها، ويُفارقُ الأَجنبيَّ فإنَّ دَفعَها إليه لا يُعدُّ حِفظًا منه.

---

(1) «المغني» (6/ 103)، و«المبدع» (5/ 238)، و«الإنصاف» (6/ 325)، و«شرح الزركشي» (2/ 296)، و«كشاف القناع» (4/ 211)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 240)، و«منار السبيل» (2/ 277).

(2) «المهذب» (1/ 361)، و«كشاف القناع» (4/ 211)، وباقي المصادر السابقة.

قالَ الحَنفيةُ: وللمُودَعِ حِفظُ الوَديعةِ بنَفسِه وبمَن في عيالِه مِن زَوجتِه ووَلدِه ووالدَيْه وأَجيرِه الخاصِّ الذي استَأجرَه مُشاهرةً أو مُسانَهةً وإنْ نُهيَ عن حِفظِها بهم؛ لأنَّ الواجِبَ عليه أنْ يَحفظَها حِفظَ مالَ نَفسِه، وهو يَحفظُه بعيالِه؛ لأنَّ المُودَعَ لا يُمكنُه مُلازمةُ بَيتِه لحِفظِ الوَديعةِ، ولا استِصحابَها معَه في خُروجِه، فلمْ يَكنْ له بدٌّ في حِفظِها بمَن في عيالِه.

ولأنَّ المُلتزَمَ بالعَقدِ هو الحِفظُ، والإنسانُ لا يَلتزمُ بحِفظِ مالِ غيرِه عادَةً إلا بما يَحفظُ به مالَ نَفسِه، وإنَّه يَحفظُ مالَ نَفسِه بيدِه مَرةً وبيدِ هؤلاءِ أُخرىٰ، فله أنْ يَحفظَ الوَديعةَ بيدِهم أَيضًا، فكانَ الحِفظُ بأَيدِيهم داخلًا تحتَ العَقدِ دِلالةً، وكذا له أنْ يَردَّ الوَديعةَ علىٰ أَيدِيهم حتىٰ لو هلَكَت قبلَ الوُصولِ إلىٰ المالِكِ لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ يدَهم يدُ المُودَعِ مَعنًىٰ، فما دامَ المالُ في أَيدِيهم كانَ مَحفوظًا بحِفظِه وليسَ له أنْ يَدفعَ الوَديعةَ إلىٰ غيرِهم إلا لعُذرٍ.

والذي في عيالِه: هو الذي يَسكنُ معه، مِن امرأتِه وولدِه وأَجيرِه وعَبدِه وهذا إذا كانَ مَن في عيالِه أُمناءَ.

وقيلَ الذي في عيالِه: هو الذي يَسكنُ معه وتَجري عليه نَفقتُه كائنًا مَن كانَ قَريبًا أو أَجنبيًّا.

وكذا يَجوزُ دَفعُها إلىٰ أَمينٍ مِن أُمنائِه ليسَ في عيالِه، كشَريكِ العَنانِ والمُفاوَضةِ وعليه الفَتوىٰ عندَهم؛ لأنَّ هؤلاءِ يَحفظونَ أَموالَه، فيَدُهم كيَدِه، فإنْ حفِظَها بغيرِ هؤلاءِ ضمِنَ.

وكذا الصَّيرفِيَّانِ إذا كانا شَريكَينِ فوضَعَ أَحدُهما الوَديعةَ في كيسِ صاحِبِه أو صُندوقِه وأمَرَ شَريكَه بحِفظِها فحمَلَ الكَيسَ فضاعَ لَمْ يَضمنْ[1].

وقالَ المالِكيةُ: يَجوزُ للمُودَعِ أنْ يَضعَ الوَديعةَ عندَ زَوجتِه أو ابنِه أو أَمتِه أو أَجيرِه المُعتادينَ لذلك بأنْ طالَت إقامتُهم عندَه ووثِقَ بهم، فلا ضَمانَ عليه إن تلِفَت الوَديعةُ أو ضاعَت عندَ مَن ذُكرَ، وصُدقَ المُودَعُ في دَفعِها لأَهلِه وحلِفَ إن أَنكرَت الزَّوجةُ دَفعَها إليه إنِ اتُّهمَ، وقيلَ: مُطلقًا، فإنْ نكَلَ غرِمَ، وليسَ لربِّ الوَديعةِ تَحليفُ أَهلِ المُودَعِ إلا أنْ يَكونَ المُودَعُ مُعسِرًا فلربِّ الوَديعةِ تَحليفُ الزَّوجةِ.

وإنْ كانَ ما ذُكرَ غيرُ مُعتادتَينِ للإِيداعِ بأنْ أودَعَها عندَ زَوجتِه بإِثرِ تَزويجِها، أو أودَعَها عندَ أَمتِه بإِثرِ شِرائِها، أو عندَ الأَجيرِ بإِثرِ استِئجارِه، فإنَّه يَضمنُ إذا تلِفَت أو ضاعَت[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ دفَعَ الوَديعةَ إلى مَن جرَت عادتُه بحِفظِها له مِن أَهلِه كامرَأتِه وغُلامِه وخازِنِه لَمْ يَضمنْ؛ لأنَّه حفِظَها بما يَحفظُ به مالَه، فأشبَهَ ما

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 207، 208)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«مختصر الوقاية» (2/ 132)، و«الجوهرة النيرة» (/ 150)، و«اللباب» (1/ 644)، و«مجمع الضمانات» (1/ 211).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 266)، و«مواهب الجليل» (7/ 232)، و«تحبير المختصر» (4/ 350، 351)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 112)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 127)، و«حاشية الصاوي» (8/ 162).

لو حفِظَها بنفسِه، وكما لو دفعَ الماشيةَ إلىٰ الرَّاعي أو دفعَ البَهيمةَ إلىٰ غُلامِه ليَسقيَها، ويُفارقُ الأَجنبيُّ فإنَّ دَفعَها إليه لا يُعدُّ حِفظًا منه[1].

أما الشافِعيةُ فذهَبُوا إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ للمُودَعِ أنْ يُودِعَ الوَديعةَ عندَ آخرَ ولو كانَ زَوجتَه أو وَلدَه أو عَبدَه إلا بإِذنِ ربِّ الوَديعةِ، فإنْ أودَعَ عندَ هؤلاءِ ضمِنَ؛ لأنَّ المُودِعَ لَمْ يَرضَ بأَمانةِ غيرِه ولا يدَه، فقد أودَعَ مَن لَمْ يَأتمنْه المُودِعُ فضمِنَها كما لو أودَعَها أَجنبيًّا[2].

ردُّ الوَديعةِ المُشتَرَكة:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما إذا كانَتِ الوَديعةُ مُشترَكةً لرَجلَينِ أو أكثرَ وقد أودَعُوها عندَ شَخصٍ آخرَ، فطلَبَ أحدُ الشُّركاءِ حِصتَه مِن الوَديعةِ عندَ غيابِ شَريكِه في الوَديعةِ، هل يَجوزُ للمُودَعِ أنْ يَدفعَ إليه نَصيبَه وحِصتَه مِن الوَديعةِ أم لا يَجوزُ؟ علىٰ ثَلاثةِ أَقوالٍ، بعدَ اتِّفاقِهم علىٰ أنَّه لا يَدفعُ له كلَّ الوَديعةِ.

القَولُ الأَولُ: هو مَذهبُ الشافِعيةِ والقاضِي مِن الحَنابِلةِ أنَّه لا يَجوزُ له أنْ يَدفعَ حِصتَه مِن الوَديعةِ وإنْ طلَبَها إلا بالحاكِمِ، بأنْ يَرفعَ الأَمرَ إلىٰ

---

(1) «المغني» (6/ 302)، و«الإنصاف» (6/ 324)، و«كشاف القناع» (4/ 211)، و«منار السبيل» (2/ 227).

(2) «المهذب» (1/ 361)، و«البيان» (6/ 487، 488)، و«روضة الطالبين» (4/ 578، 579)، و«النجم الوهاج» (6/ 349، 354)، و«مغني المحتاج» (4/ 135، 136)، و«الديباج» (3/ 110، 112).



الحاكِمِ ليَقسمَه ويَدفعَ إليه حِصتَه منه إنِ انقسَمَ، وذلك لاتِّفاقِهما علىٰ الإيداعِ فكذا في الاستِردادِ، ولأنَّه يَحتاجُ إلىٰ قِسمةٍ ويَفتقرُ إلىٰ حُكمٍ أو اتِّفاقٍ، وليسَ ذلك للمُودَعِ[1].

القَولُ الثاني: وهو قَولُ الإمامِ أَبي حَنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه لا يَجوزُ الدَّفعُ إلىٰ أَحدِ الشَّريكينِ في الوَديعةِ بحالٍ، سَواءٌ كانَت الوَديعةُ مِن المِثلياتِ كالمَوزوناتِ والمَكيلاتِ والمَعدوداتِ كالدَّنانيرِ والدَّراهمِ أو كانَت مِن القِيمياتِ، فإن دفَعَ إليه معَ غَيبةِ الآخرِ ضمِنَ، ولا يَجوزُ للقاضِي أنْ يَأمرَه بدَفعِ شَيءٍ إليه ما لَمْ يَحضرِ الغائِبُ.

وجهُ قَولِ أَبي حَنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ المُودَعَ لو دفَعَ شَيئًا إلىٰ الشَّريكِ الحاضِرِ لا يَخلو:

إما أنْ يَدفعَ إليه مِن النَّصيبينِ جَميعًا، وإما أنْ يَدفعَ إليه مِن نَصيبِه خاصَّةً، لا وَجهَ إلىٰ الأَولِ لأنَّ دَفعَ نَصيبِ الغائِبِ إليه مُمتنِعٌ شَرعًا، ولا سَبيلَ إلىٰ الثانِي لأنَّ نَصيبَه شائِعٌ في الكلِّ لكَونِ الوَديعةِ مُشترَكةً بينَهما ولا تَتميزُ إلا بالقِسمةِ، والقِسمةُ علىٰ الغائِبِ غيرُ جائِزةٍ؛ لأنَّ نَصيبَه في المُشاعِ ولا يُمكنُ دَفعُه إليه؛ لأنَّ الدَّفعَ يَقعُ في المُعيَّنِ المُفرَزِ وهو غيرُ المُشاعِ، وحقُّه في المُشاعِ والمُفرَزِ المُعيَّنِ يَشتملُ علىٰ الحقَّينِ، ولا يَتميزُ حقُّه إلا

(1) «روضة الطالبين» (4/ 595)، و«أسنىٰ المطالب» (3/ 84)، و«مغني المحتاج» (4/ 149)، و«كشاف القناع» (4/ 224)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 254، 255).

بالقِسمةِ، وليسَ للمُودَعِ وِلايةُ القِسمةِ، بخِلافِ الدَّينِ المُشتركِ؛ لأنَّه يُطالبُه بتَسليمِ حقِّه؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضىٰ بأَمثالِها[1].

القَولُ الثالِثُ: وهو قَولُ الحَنابِلةِ والصاحِبَينِ مِن الحَنفيةِ أَبي يُوسفَ ومُحمَّدٍ، وهو التَّفريقُ بينَ الوَديعةِ إذا كانَت مِن المِثليَّاتِ التي لا تَنقصُ بالقِسمةِ، فطلَبَ أَحدُ الشَّريكَينِ حِصتَه مِن المُودعِ معَ غَيبةِ الشَّريكِ الآخرِ أو معَ حُضورِه وامتِناعِه مِن الأَخذِ لزِمَ المُودَعَ الدَّفعُ إليه، فإنِ امتنَعَ مِن دَفعِ حِصتِه ضمِنَها.

وأما غيرُ المِثليِّ كالمُتقوِّماتِ فلا يَجوزُ دَفعُها إليه.

قالَ الحَنابِلةُ: إنْ أودَعَه اثنانِ مَكيلًا أو مَوزونًا يَنقسمُ إجبارًا بأنْ لَمْ يَنقصْ بتَفرقِه فطلَبَ أَحدُهما نَصيبَه مِن الوَديعِ لغَيبةِ شَريكِه أو حُضورِه وامتِناعِه مِن الأَخذِ أو مِن الإِذنِ لصاحِبِه في أَخذِ حقِّه سلَّمَ المُودَعُ نَصيبَه إليه وُجوبًا؛ لأنَّه أمكَنَ تَمييزُ نَصيبِ أَحدِ الشَّريكَينِ مِن نَصيبِ الآخرِ بغيرِ غَبنٍ ولا ضَررٍ، فإذا طلَبَ أَحدُهما نَصيبَه لزِمَه دفعُه إليه كما لو كانَ مُتميِّزًا.

وأما غيرُ المِثليِّ فلا يَجوزُ دَفعُ نَصيبِه إليه؛ لأنَّ قِسمتَه لا يُؤمنُ فيها الحَيفُ لافتِقارِها إلىٰ التَّقويمِ، وهو ظنٌّ وتَخمينٌ[2].

(1) «تحفة الفقهاء» (3/ 173)، و«بدائع الصنائع» (6/ 210)، و«الهداية» (3/ 217)، و«تبيين الحقائق» (5/ 80)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 160)، و«الاختيار» (3/ 32)، و«اللباب» (1/ 647)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133، 134).

(2) «المحرر في الفقه» (1/ 364)، و«الإنصاف» (6/ 349)، و«كشاف القناع» =

وقالَ الصَّاحِبانِ مِن الحَنفيةِ: إذا كانَت الوَديعةُ مُشاعًا لرَجُلينِ فجاءَ أَحدُهما وطلَبَ حِصتَه فإنَّه يَقسمُ ذلك ويَدفعُ إليه حِصتُه.

وَجهُ قَولِهما: أنَّه طلَبَ نَصيبَه خاصَّةً فيُؤمرُ بالدَّفعِ إليه؛ لأنَّه مُتصرِّفٌ في مِلكِ نَفسِه فكانَ له ذلك مِن غيرِ حَضرةِ الغائِبِ، كما إذا كانَ لرَجلينِ دَينٌ مُشترَكٌ علىٰ رَجلٍ، فجاءَ أَحدُهما وطلَبَ حِصتَه مِن الدَّينِ، فإنَّه يَدفعُ إليه حِصتَه لمَا قُلنا، كذا هذا، وهذا لأنَّه يُطالبُه بتَسليمِ ما سلَّمَ إليه وهو النِّصفُ وهو له، ولهذا كانَ له أنْ يَأخذَه إذا ظفِرَ به، فكذا يُؤمرُ المُودَعُ بالتَّسليمِ إليه.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يَكونُ ذلك قِسمةً جائزةً علىٰ الغائِبِ بلا خِلافٍ، حتىٰ لو هلَكَ الباقِي في يدِ المُودَعِ ثُم جاءَ الغائِبُ له أنْ يُشارِكَ صاحِبَه في المَقبوضِ عندَهم جَميعًا.

ولو هلَكَ المَقبوضُ في يدِ القابِضِ ثُم جاءَ الغائِبُ فليسَ للقابِضِ أنْ يُشارِكَ صاحِبَه في الباقِي[1].

والخِلافُ بينَ أَبي حَنيفةَ والصَّاحِبينِ في المِثليَّاتِ، أما لو كانَت الوَديعةُ مِن ذَواتِ القِيمِ كالثِّيابِ والعَبيدِ والبَهائمِ ضمِنَ اتِّفاقًا[2].

= (4/ 224)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 254، 255)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 174).

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 210).

(2) «مجمع الضمانات» (1/ 213).

وقالَ الزَّيلعيُّ: والخِلافُ في ذَواتِ الأَمثالِ، وفي غيرِه ليسَ له ذلك بالإِجماعِ[1].

وما ذهَبَ إليه الصَّاحِبانِ مِن الحَنفيةِ هو ما أخَذَت به «مَجلَّة الأَحكامِ العَدليَّة» مادة (796): «إذا أودَعَ رَجلانِ مالًا مُشترَكًا لهما عندَ شَخصٍ ثُم جاءَ أَحدُ الشَّريكَينِ في غَيبةِ الآخرِ وطلَبَ حِصتَه مِن المُستودَعِ فإنْ كانَت الوَديعةُ مِن المِثليَّاتِ أَعطاه المُستودَعِ حِصتُه، وإنْ كانَت مِن القيميَّاتِ لا يُعطيه إيَّاها».

ادِّعاءُ اثنينِ الوَديعةَ:

إذا كانَ معَ الإِنسانِ وَديعةٌ فادَّعاها اثنانِ فهذا لا يَخلو مِن ثَلاثِ حالاتٍ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَعرِفَ عينَ مالِكِها:

نصَّ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ مَن كانَت عندَه وَديعةٌ فادَّعاها نَفسانِ فأقَرَّ بها لأَحدِهما سُلمَت إليه؛ لأنَّ يدَه دَليلُ مِلكِه، فلو ادَّعاها لنَفسِه كانَ القَولُ قَولَه، فإذا أقَرَّ بها لغَيرِه وجَبَ أنْ يُقبلَ، ويَلزمُه أنْ يَحلفَ للآخرِ؛ لأنَّه مُنكِرٌ لحقِّه، فإنْ حلَفَ برِئَ، وإنْ نكَلَ لزِمَه أنْ يَغرمَ له قيمتَها؛ لأنَّه فوَّتَها عليه.

(1) «تبيين الحقائق» (5/ 80)، ويُنْظَر: «تحفة الفقهاء» (3/ 173)، و«الهداية» (3/ 217)، و«تبيين الحقائق» (5/ 80)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 160)، و«الاختيار» (3/ 32)، و«اللباب» (1/ 647)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133، 134)..

قالَ الحَنابِلةُ: وكذلك لو أقرَّ للثاني بها بعدَ أنْ أقرَّ بها للأَولِ سُلمَت إلىٰ الأَولِ؛ لأنَّه استحَقَّها بإقرارِه، وغرِمَ قيمتَها للثاني[1].

وقالَ النَّوويُّ: إذا كانَ في يدِه مالٌ وجاءَ رَجلانِ ادَّعىٰ كلٌّ أنَّه مُودِعُه فإنْ أقرَّ لأَحدِهما بعَينِه فيُعطاه، وهل يَحلفُ للآخرِ؟، يُبنىٰ علىٰ أنَّه لو أقرَّ لزَيدٍ بشَيءٍ ثُم أقرَّ به لعَمرٍو هل يَغرمُ لعَمرٍو إنْ قُلْنا «لا» فلا؟ وإن قُلْنا: «نعم» عُرضَت اليَمينُ عليه، فإن حلَفَ سقَطَت دَعوىٰ الآخرِ، وإنْ نكَلَ حلَفَ الآخرُ.

ثُم هل يُوقفُ المالُ بينَهما إلىٰ أنْ يَصطلِحا أم يُقسمُ بينَهما كما لو أقَرَّ لهما؟ أم يَغرمُ المُدَّعىٰ عليه القِيمةَ له؟ فيه ثَلاثةُ أَوجهٍ عن ابنِ سُريجٍ، قالَ ابنُ الصَّباغِ: المَذهبُ هو الثالثُ[2].

الحالَةُ الثانيةُ: أنْ يُقرَّ بها لهما جَميعًا:

قالَ الحَنابِلةُ: إنِ ادَّعىٰ الوَديعةَ اثنانِ فأقَرَّ بها لهما جَميعًا فهي بينَهما، كما لو كانَت بأَيدِيهما وتَداعياها، ويَلزمُه اليَمينُ لكلِّ واحدٍ منهما في نِصفِها، فإنْ نكَلَ عن اليَمينِ لزِمَه عِوضُها يَقتسمانِه، وإنْ نكَلَ عن اليَمينِ لأَحدِهما دونَ الآخرِ لزِمَه لمَن نكَلَ عن اليَمينِ له عوضُ نِصفِها[3].

---

(1) «المغني» (6/ 310).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 599).

(3) «المغني» (6/ 310)، و«القواعد» لابن رجب (402)، و«المبدع» (5/ 246)، و«الإنصاف» (6/ 346)، و«كشاف القناع» (4/ 223، 224)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 253).

وقالَ الشافِعيةُ: إنْ كانَ في يدِه مالٌ وجاءَ رَجلانِ وادَّعىٰ كلٌّ أنَّه مُودِعُه، فإنْ قالَ المُودَعُ هو لكما فهو كمالٍ في يدِ شَخصينِ يَتداعَيانِه، فإنْ حلَفَ أَحدُهما قُضيَ له، ولا خُصومةَ للآخرِ معَ المُودَعِ لنُكولِه.

وإنْ نَكلا أو حلَفا جُعلَ بينَهما، وحُكمُ كلِّ واحدٍ منهما في النِّصفِ الآخرِ كالحُكمِ في الجَميعِ في حقِّ غيرِ المُقرِّ له[1].

الحالَةُ الثالِثةُ: أنْ يُقرَّ بها لأَحدِهما ولكنْ لا يَعرفَ عَينَ مالكِها:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو كانَت في يدِه وَديعةٍ وتَنازعَها اثنانِ، فادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّها مِلكَه وأنَّه أودَعَها إيَّاه، والمُودَعُ لا يَعرفُ عَينَ مالكِها منهما، فقالَ المُودَعُ: أودَعَها أَحدُكما، ولكنْ لا أَدري أيُّكما هو.

فقالَ الحَنفيةُ: لو كانَ في يدِه أَلفُ دِرهمٍ فجاءَه رَجلانِ وادَّعىٰ كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه أودَعَه إيَّاها، فقالَ المُودَعُ: «أودَعَها أَحدَكما ولسْتُ أَدري أيُّكما هو»، فهذا في الأَصلِ لا يَخلو مِن أَحد وَجهينِ:



إما إنِ اصطلَحَ المُتداعيانِ علىٰ أنْ يَأخُذا الأَلفَ وتَكونَ بينَهما.

وإما إنْ لَمْ يَصطلِحا وادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّ الأَلفَ لـه خاصَّةً لا لصاحِبِه.

فإنِ اصطلَحا علىٰ ذلك فلهما ذلك، وليسَ للمُودَعِ أنْ يَمتنعَ عن تَسليمِ الأَلفِ إليهما؛ لأنَّه أقرَّ أنَّ الأَلفَ لأَحدِهما، وإذا اصطلَحا علىٰ أنَّها تَكونُ بينَهما لا يُمنعانِ عن ذلك، وليسَ لهما أنْ يَستحلِفا المُودَعِ بعدَ الصُّلحِ.

(1) «روضة الطالبين» (4/ 599، 600).

وإنْ لَمْ يَصطلِحا وادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّ الألفَ له لا يَدفعُ إلىٰ أحدِهما شَيئًا؛ لجَهالةِ المُقِرِّ له بالوَديعةِ، ولكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَستحلفَ المُودَعَ، فإنِ استَحلفَه كلُّ واحدٍ منهما فالأمرُ لا يَخلو:

إما أنْ يَحلفَ لكلِّ واحدٍ منهما وإما أنْ يَنكلَ لكلِّ واحدٍ منهما وإما أنْ يَحلفَ لأحدِهما ويَنكلَ للآخرِ.

فإنْ حلَفَ لهما فقد انقطَعَت خُصومتُهما للحالِ إلىٰ وَقتِ إقامةِ البَينةِ كما في سائرِ الأحكامِ، وهل يَملكانِ الاصطِلاحَ علىٰ أخذِ الألفِ بينَهما بعدَ الاستِحلافِ؟ فهو علىٰ الاختِلافِ المَعروفِ بينَ أبي حَنيفةَ وأبي يُوسفَ وبينَ مُحمَّدٍ، علىٰ قَولِهما لا يَملكانِ وعلىٰ قَولِ مُحمَّدٍ يَملكانِ، وهي مَسألةُ الصُّلحِ بعدَ الحَلفِ.

وإنْ نكَلَ لهما يُقضىٰ بالألفِ بينَهما نِصفينِ، ويَضمنُ ألفًا أُخرىٰ بينَهما، فيَحصلُ لكلِّ واحدٍ منهما ألفٌ كاملةٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَدعي أنَّ كلَّ الألفِ له، فإذا نكَلَ له والنُّكولُ بَذلٌ أو إقرارٌ فكأنَّه بذَلَ لكلِّ واحدٍ منهما ألفًا أو أقرَّ لكلِّ واحدٍ منهما بألفٍ، فيُقضىٰ عليه بينَهما بألفٍ ويَضمنُ أيضًا ألفًا أُخرىٰ تكونُ بينَهما، ليَحصلَ لكلِّ واحدٍ منهما ألفٌ كاملةٌ.

ولو حلَفَ لأحدِهما ونكَلَ للآخرِ يُقضىٰ بالألفِ للذي نكَلَ له ولا شَيءَ للذي حلَفَ له؛ لأنَّ النُّكولَ حُجةٌ مَن نكَلَ له لا حُجةَ مَن حلَفَ له[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 210، 211).

وقالَ المالِكيةُ: إذا ادَّعىٰ رَجلانِ الوَديعةَ فقالَ المُودَعُ هي لأَحدِكما ولكنِّي نَسيتُ ولا أَدري مَن هو منكما، فإنَّهما يَتحالفانِ وتُقسَمُ بينَهما نِصفين، وكذلك إذا نكَلا قُسمَت بينَهما، وإذا حلَفَ أَحدُهما ونكَلَ الآخَرُ فهي كلُّها للذي حلَفَ، ولا شَيءَ للذي نكَلَ، بخِلافِ الدَّينِ يدَّعيه رَجلانِ فيَقولُ مَن هو عليه هو لأَحدِهما ولا أَدري عينَه، فإنَّه يَغرمُه لكل منهما بعدَ حَلفِهما؛ لأنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ والدَّينُ في ذِمتِّه.

ولو قالَ ليسَت الوَديعةُ لواحدٍ منكما، لَمْ يُقبلْ، وكانَت بينَهما بعدَ حَلفِهما إذا كانَت باقيةً تحتَ يدِ المُودَعِ؛ إذ لو قالَ ردَدْتُها لأَحدِهما، فإنْ لَمْ يَثبتْ أيُّهما هو ضمِنَ قَدرَها لكلِّ واحدٍ منهما، وهذا معَ اتِّحادِ قَدرِها؛ إذ لو اختلَفَت بأنْ أودَعَه واحدٌ مائةً وآخرُ خَمسينَ ونسِيَ مَن صاحبُ المائةِ وادَّعاها كلٌّ منهما فقالَ سحنُونٌ: يَحلفانِ علىٰ المائةِ ويَقتسمانِها، وأما الخَمسونَ الباقِيةُ فتَبقىٰ بيدِ المُودَعِ؛ إذ ليسَ لها مُدَّعٍ، وقالَ بعضُ أَصحابِنا: يَغرمُ لكلٍّ منهما مائةً بعدَ حَلفِهما.



قالَ ابنُ القاسِمِ في «العُتبية» فيمَن بيدِه وَديعةٌ مائتا دينارٍ فأَتىٰ رَجلانِ كلُّ واحدٍ يَدَّعيها ولا يَدري لمَن هي منهما قالَ: تَكونُ بينَهما بعدَ أيمانِهما، فمَن نكَلَ منهما فلا شَيءَ له، وهي كلُّها لمَن حلَفَ، وأما في الدَّينِ فيَغرمُ لكلِّ واحدٍ منهما مائةً[1].

(1) «التاج والإكليل» (4/ 282)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 119، 120)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 141)، و«تحبير المختصر» (4/ 364)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 179).



وقالَ الشافِعيةُ: إذا كانَت في يدِه وَديعةٌ وادَّعاها اثنانِ فقالَ المُودَعُ: هي لأَحدِكما وقد نسِيت عَينَه، فإنْ ضمَّنَا المُودَعَ بالنِّسيانِ فهو ضامِنٌ، وإلا نُظِرَ:

إنْ صدَّقاه فلا خُصومةَ لهما معَه، وإنما الخُصومةُ بينَهما، فإنِ اصطلَحَا علىٰ شَيءٍ فذاك، وإلا فيَجعلُ المالَ كأنَّه في أيدِيهما يَتداعيانِه، هذا هو الصَّحيحُ.

وقيلَ: هو كمالٌ في يدِ ثالثٍ يَتداعيانِه؛ لأنَّه لَمْ يَثبتْ لأَحدِهما يدٌ.

فعلىٰ الأَولِ لو أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَينةً أو حلَفا أو نكَلا فهو بينَهما، وإنْ أقامَ أَحدُهما بَينةً أو حلَفَ ونكَلَ صاحِبُه قُضيَ له.

قالَ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وعلىٰ الثانِي لو أقامَ كلٌّ بَينةً فعلىٰ الخِلافِ في تَعارضِ البيِّنتينِ، وإنْ نكَلا أو حلَفا وقفَ المالُ بينهما.

وسَواءٌ قلْنا بالأَولِ أم بالثانِي، هل يُترَكُ المالُ في يدِ المُدَّعىٰ عليه إلىٰ أنْ تَنفصلَ خُصومتُهما أم يُنزعُ منه؟ فيه قولانِ، أَظهرُهما الثاني، وبه قطَعَ البَغويُّ وغيرُه، قالَ المُتولِّي: والقَولانِ فيما إذا طلَبَ أَحدُهما الانتِزاعَ والآخرُ التَّركَ، أما إذا اتَّفقا علىٰ أَحدِ الأَمرينِ فيَتبعُ الحاكِمُ رَأيَهما.

أما إذا كذَّباه في دَعوىٰ النِّسيانِ وادَّعيا عِلمَه فهو المُصدَّقُ بيَمينِه، ويَكفيه يَمينٌ واحدةٌ علىٰ نَفيِ العِلمِ؛ لأنَّ المُدَّعىٰ شَيءٌ واحدٌ وهو عِلمُه، وهل للحاكِمِ تَحليفُه علىٰ نَفيِ العِلمِ إذا لَمْ يَدَّعِه الخَصمانِ؟ وَجهانِ، ثُم إذا حلَفَ فالحُكمُ كما إذا صدَّقاه في النِّسيانِ، وقيلَ يُنتزعُ المالُ مِن يدِه هنا وإنْ لَمْ يُنتزعْ هناك؛ لأنَّه خائنٌ عندَهما بدَعوىٰ النِّسيانِ، وإنْ نكَلَ رُدَّت اليَمينُ

عليهما، فإنْ نكَلا فالمالُ مَقسومٌ بينَهما أو مَوقوفٌ حتىٰ يَصطلِحا علىٰ ما سبَقَ، وإنْ حلَفَ أَحدُهما فقطْ قُضيَ له، وإنْ حلَفا فقَولانِ، ويُقالُ وَجهانِ: أَحدُهما يُوقفُ حتىٰ يَصطلِحا، وأَظهرُهما يُقسمُ لأنَّه في أَيدِيهما، وعلىٰ هذا يُغرَّمُ القِيمةُ وتُقسمُ بينَهما أَيضًا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثبَتَ بيَمينِ الردِّ كلَّ العينِ ولَمْ يَأخذْ إلا نِصفَها، هذا هو الصَّحيحُ الأَشهرُ فيما إذا نكَلَ المُودَعُ.

وقيلَ: لا يغرمُ القِيمةَ معَ العَينِ إذا حلَفا.

وقيلَ: لا تُردُّ اليَمينُ عليهما بنُكولِه، بل يُوقفُ بِناءً علىٰ أنَّهما لو حلَفا وُقفَ المالُ بينَهما، فلا مَعنىٰ لعَرضِ اليَمينِ.

وإذا ردَدْنا اليَمينَ فهل يُقرَعُ بينَهما أم يَبدأُ الحاكِمُ بمَن رَأىٰ؟ وَجهانِ، أَصحُّهما الثاني، حكاه السَّرخسيُّ في «الأَمالي»، وإذا حلَفا وقسَّمَ بينَهما العَينَ والقِيمةَ فإنْ لَمْ يُنازِعْ أَحدُهما الآخرَ فلا كَلامَ، وإنْ نازعَه وأقامَ أحدُهما البَينةَ أنَّ جَميعَ العَينِ له سلَّمْناها إليه، وردَدْنا القِيمةَ إلىٰ المُودَعِ، وإنْ لَمْ تَكنْ بَينةٌ ونكَلَ صاحبُه عن اليَمينِ فحلَفَ واستَحقَّ العَينَ ردَّ نِصفَ القِيمةِ الذي أخَذَه، ولا يَردُّ الناكلُ ما أخَذَه؛ لأنَّه استَحقَّه بيَمينِه علىٰ المُودَعِ ولَمْ يَعدْ إليه المُبدلُ، ونُكولُه كانَ معَ صاحبِه لا معَ المُودَعِ.

وصرَّحَ في «الوَسيط» بأنَّ الناكِلَ لا يَردُّ، سَواءٌ سُلمَت العَينُ بالبَينةِ أو باليَمينِ[1].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 600، 601)، و«الوسيط» (5/ 495)، و«مغني المحتاج» (4/ 151).





وقالَ الحَنابِلةُ: إذا ادَّعىٰ الوَديعةَ اثنانِ فقالَ: هي لأَحدِهما ولا أَعرفُ عَينَه. فإنْ صدَّقاه واعترَفا له بجَهلِه أو سكَتا عن تَصديقِه أو تَكذيبِه تَعينَ المُستحِقُّ لها ولا يَمينَ عليه إذ لا اختِلافَ، ويُقرعُ بينَهما، فمَن خرَجَت له القُرعةُ سُلمَت إليه بيَمينِه.

وإنْ كذَّباه أو كذَّبَه أَحدُهما بأنْ قالَ: تَعرفُ أيُّنا صاحِبُها حلَفَ لهما يَمينًا واحدةً أنَّه لا يَعلمُ عَينَه، ويُقرعُ بينَهما، فمَن خرَجَت له القُرعةُ حلَفَ أنَّها له لاحتِمالِ عَدمِه، وأخَذَها بمُقتضىٰ القُرعةِ.

فإنْ نكَلَ المُودَعُ عن اليَمينِ أنَّه لا يَعلمُ صاحِبَها حُكمَ عليه بالنُّكولِ، وأُلزمَ تَعيينَ صاحِبِها، فإنْ أَبىٰ التَّعيينَ أُجبرَ علىٰ القِيمةِ إنْ كانَت مُتقوِّمةً، وعلىٰ المِثلِ إنْ كانَت مِثليَّةً، فتُؤخذُ القِيمةُ أو المِثلُ أو العَينُ، فيَقترِعانِ عليهما[1].

وقالَ الوَزيرُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا فيما إذا أقَرَّ بوَديعةٍ في يَدِه لنَفسينِ لا يَعرفُ عينَ مالِكِها.

فقالَ الشافِعيُّ وأَحمدُ: القَولُ قَولُه بغيرِ يَمينٍ إنْ لَمْ يَدعِيا عليه العِلمَ بمالِكِها، فإنِ ادَّعيا عليه العِلمَ وأنكَرَه استُحلفَ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: يُستحلفُ لكلِّ واحِدٍ منهما بكلِّ حالٍ علىٰ البتِّ أنَّه ما أودَعَه.

---

(1) «المغني» (6/ 310)، و«القواعد» لابن رجب (402)، و«المبدع» (5/ 246)، و«الإنصاف» (6/ 346)، و«كشاف القناع» (4/ 223، 224)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 253).

وقالَ مالِكٌ: يُحلِّفُهما ويُسلمُ إليهما الوَديعةَ يَقتسمانِها، وهل يَغرمُ لهما مثلَ الوَديعةِ؟ علىٰ روايتَينِ.

واختلَفُوا ماذا يَصنعُ بها في كلا الحالَينِ؟

فقالَ أبو حَنيفةَ: توقَّف حتىٰ يَتبينَّ أَمرُهما، إلا أنْ يَنكلَ علىٰ اليَمينِ لأَحدِهما فيَقضي له بها.

وقالَ أَحمدُ: يُقرعُ بينَهما، فمَن وقَعَت القُرعةُ عليه أُحلِفَ أنَّها له وسُلمَت إليه.

وقالَ الشافِعيُّ: لا يُقرعُ، واختَلَفَ قَولُه ماذا يَصنعُ بها علىٰ قَولينِ، مرَّةً قالَ: تُنزعُ مِن يدِ المُودَعِ، ومرَّةً قالَ: تُقرُّ في يدِه حتىٰ يَتبيَّنَ أَمرَها[1].

وقالَ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا في المُودَعِ، يُشكِلُ عليه مَن أودَعَه، وقد ادَّعاها رَجلانِ.

فكانَ الشافِعيُّ يَقولُ: يَحلفُ باللهِ ما يَعلمُ مَن أودَعَه، ويُوقفُ الشَّيءُ بينَهما حتىٰ يَصطلِحا، أو تَقومَ البَينةُ لمَن هي.

وفيه قَولٌ ثانٍ، وهو أنَّ الوَديعةَ تُقسمُ بينَهما نِصفينِ، ويَضمنُ لهما مثلَ ذلك؛ لأنَّه أتلَفَ ما استُودِعَ بجَهلِه، هذا قَولُ النُّعمانِ ويَعقوبَ ومُحمَّدٍ.

وقالَ ابنُ أَبي لَيلىٰ: هي بينَهما نِصفينِ[2].

(1) «الإفصاح» (2/ 7، 8).
(2) «الإشراف» (6/ 339).



فصلٌ في
خَلطِ الوَديعةِ واختِلاطِها وإتلافِها

خَلطُ المُودَعِ الوَديعةَ لا يَخلو مِن حالتَينِ:

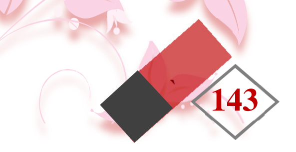
الحالَةُ الأُولى: أنْ يَخلطَها بما تَتميَّزُ به عن غيرِها أو يَسهلُ تَفريقُها منه:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ في أنَّ المُودَعَ إذا خلَطَ الوَديعةَ بغيرِها، بحيثُ تَتميزُ عنه، أو يَسهلُ تَفريقُها منه كدَراهمَ معَ دَنانيرَ أو ليرةٍ تُركيةٍ بجُنيهٍ مِصريٍّ فإنَّه لا يَلزمُه ضَمانُها؛ لأنَّها تَتميزُ عنها فلا يَعجزُ بذلك عن ردِّها علىٰ صاحِبِها فلمْ يَضمنْها، كما لو ترَكَها في صُندوقٍ وفيها أكياسٌ له.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وبهذا قالَ مالِكٌ والشافِعيُّ، ولا نَعلمُ فيه اختِلافًا[1].

---

(1) «المغني» (6/ 303)، ويُنظَر: «بدائع الصنائع» (6/ 213)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«التاج والإكليل» (5/ 258)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«تحبير المختصر» (4/ 344)، و«البيان» (6/ 488، 489)، و«النجم الوهاج» (6/ 369)، و«مغني المحتاج» (4/ 147)، و«شرح الزركشي» (2/ 297)



الحالَةُ الثانِيةُ: أنْ يَخلطَها بما لا يُمكنُ تَميزُها عنه أو يَعسرُ:

إذا خلَطَ المُودَعُ الوَديعةَ بما لا يُمكنُ تَمييزُه عنها، بحَيثُ يَعسرُ تَمييزُ وتَفريقُ أحدِ المالَينِ عن الآخرِ، فهذا لا يَخلو مِن أَحدِ أمرينِ:

الأَمرُ الأَولُ: أنْ يَفعلَ ذلك بإذنِ ربِّ الوَديعةِ:

إذا خلَطَ الوَديعةَ بما لَمْ تَتميزْ منه مِن مالِه أو مالِ غيرِه **فقد نصَّ الحَنابِلةُ** أنَّه لا ضَمانَ عليه، سَواءٌ خلَطَها بمالِه أو بمالِ غيرِه؛ لأنَّه فعَلَ ما أُمرَ به مِن ربِّها، فكانَ نائبًا عن المالِكِ فيه.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقد نقَلَ مُهنَّا عن أَحمدَ في رَجلٍ استُودِعَ عَشرةَ دَراهمَ واستودَعَه آخرُ عَشرةً وأمَرَه أنْ يَخلطَها فخلَطَها فضاعَت الدَّراهمُ فلا شَيءَ عليه، فإنْ أمَرَه أحدُهما بخَلطِ دَراهمِه ولَمْ يَأمرْه الآخرُ فعليه ضَمانُ دَراهمِ مَن لَمْ يَأمرْه دونُ الأُخرىٰ[1].

الأَمرُ الثاني: أنْ يَخلطَ الوَديعةَ بما لا يُمكنُ تَمييزُها عنه بغيرِ إذنِ ربِّ الوَديعةِ:

وهذا له صُورٌ مُتعدِّدةٌ بَيانُها فيما يلي:

أ- خَلطُ الوَديعِ الوَديعةَ بمالِه أو بمالِ غيرِه:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا خلَطَ الوَديعةَ بما هو غيرُ مُماثلٍ لها جِنسًا أو صِفةً مِن مالِه أو مِن مالِ غيرِه -كخَلطِ القَمحِ بالشَّعيرِ ونحوِه- أنَّه

(1) «المغني» (6/ 301).

يَلزمُه الضَّمانُ لتَعدِّيه بذلك؛ حيثُ إنَّه فوَّتَ عينَها بالخَلطِ، فلا يَقدرُ علىٰ تَخليصِها، ولأنَّه إذا كانَ لا يَتميزُ فقد عجَزَ المالِكُ مِن الانتفاعِ بالوَديعةِ، فكانَ الخَلطُ منه إتلافًا فيَضمنُ.

إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما لو خلَطَها بجِنسِها المُماثِلِ لها جَودةً ورَداءةً كحِنطةٍ بمِثلِها أو ذَهبٍ بمِثلِه، هل يَضمنُها أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه إذا خلَطَ الوَديعةَ بمالِه أو بغيرِ مالِه علىٰ وَجهٍ يَتعسَّرُ معه تَمييزُ المالَينِ عن بَعضِهما فعليه الضَّمانُ، سَواءٌ خلَطَها بمِثلِها أو دونَها أو أَجودَ منها، مِن جِنسِها أو غيرِه، وسَواءٌ أكانَ خَلطَ مُجاوَرةٍ كقَمحٍ بقَمحٍ أو قَمحٍ بشَعيرٍ، أو خَلطَ مُمازَجةٍ كالخلِّ بالزَّيتِ؛ لأنه صارَ مُستهلكًا لها حُكمًا بالخَلطِ لتَعذُّرِ ردِّها إلىٰ مالِكِها بعدَه؛ لأنَّه إذا كانَ لا يَتميزُ فقد عجَزَ المالِكُ مِن الانتفاعِ بالوَديعةِ، فكانَ الخَلطُ منه إتلافًا فيَضمنُ[1].

قالَ الحَنفيةُ: الخَلطُ علىٰ وُجوهٍ:

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 213)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 189)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«التاج والإكليل» (5/ 258)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«تحبير المختصر» (4/ 344)، و«المهذب» (1/ 361)، و«البيان» (6/ 488، 489)، و«روضة الطالبين» (4/ 586)، و«النجم الوهاج» (6/ 369)، و«مغني المحتاج» (4/ 147)، و«المغني» (6/ 303)، و«شرح الزركشي» (2/ 297)، و«كشاف القناع» (4/ 215).

أَحـدُها: الجِـنسُ بـالجِنسِ كالحِنطـةِ بالحِنطـةِ، والشَّـعيرِ بالشَّـعيرِ، والدَّراهمِ بالدَّراهمِ، والبِيضِ بالبِيضِ، والسُّودِ بالسُّودِ.

والثاني: خَلطُ الجِنسِ بغيرِه كالحِنطةِ بالشَّعيرِ، والخلِّ بالزَّيتِ ونحوِهما.

والثالِثُ: خَلطُ المائِعِ بجِنسِه.

إلا أنَّ فُقهاءَ الحَنفيةِ اختلَفُوا، هـل يَنقطـعُ حـقُّ المالِـكِ عنها أم لا؟ علىٰ ثَلاثةِ أَقوالٍ:

الأَولُ: لأَبي حَنيفةَ، وهو أنْ يَنقطعَ حقُّ المالِكِ عن الوَديعةِ بكلِّ حالٍ مائِعًا كانَ أو غيرَ مائِعٍ، ويَصيرُ المَخلوطُ مِلكَ الخالِطِ، ويَضمنُ الخالِطُ للمُودِعِ حقَّه، **وعليه الفَتوى عندَ الحَنفيةِ**.

الثاني: لمُحمَّدِ بنِ الحَسنِ الشَّيبانِيِّ، وهو أنَّ الوَديعَ يَصيرُ شَريكًا لمالِكِ الوَديعةِ شَركةَ مِلكٍ اختِياريةٍ، فإذا هلَكَت أو ضاعَت بلا تعدٍّ ولا تَفريطٍ منه، فلا ضَمانَ عليه، ووافَقَه أبو يُوسفَ في غيرِ المائِعِ.

والثالِثُ: لأَبي يُوسفَ، وهو أنَّه يَجعلُ الأَقلَّ تابِعًا للأَكثرِ، اعتِبارًا للغالِبِ، يَعني أنَّ مَن كانَ مالُه أَكثرَ يَكونُ المَخلوطُ مِلكَه، ويَضمنُ للآخرِ حقَّه، وذلك في المائِعِ[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 213)، و«المبسوط» (11/ 110)، و«الاختيار» (3/ 30)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 154، 155)، و«اللباب» (1/ 644، 645)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133)، و«قرة عيون الأخيار» (2/ 248)، و«البحر الرائق» (7/ 276)، و«درر الحكام» (2/ 262)، و«شرح المجلة» للأتاسي (3/ 269)، و«مرشد الحيران» (3/ 1222، 1223).





وذهَبَ المالِكيةُ إلىٰ أنَّه إنْ خلطَها بجِنسِها المُماثِلِ لها جَودةً ورَداءةً، كحِنطةٍ بمِثلِها أو ذَهبٍ بمِثلِه أو نَحوِ ذلك مما هو مُماثِلٌ في الجِنسِ والصِّفةِ فلا ضَمانَ عليه في ذلك إذا وقَعَ علىٰ وَجهِ الإحرازِ -أي الحِفظِ والرِّفقِ- لا علىٰ وَجهِ التَّملكِ وإلا ضمِنَ؛ لأنَّه يُمكنُ إذا بقِيَ كلٌّ علىٰ حِدتِه أنْ يَضيعَ أَحدُهما دونَ الآخرِ.

ثُم إذا خلَطَ المُودَعُ قَمحًا ونَحوَه بمِثلِه أو دَراهمَ أو شَبهَها بمِثلِها للإحرازِ وتلِفَ بعضُ ذلك فإنَّ التالِفَ بينَهما علىٰ قَدرِ نَصيبِ كلِّ واحدٍ منهما، فإذا كانَ الذاهِبُ واحدًا مِن ثَلاثةٍ لأَحدِهما واحدٌ وللآخرِ اثنانِ، فعلىٰ صاحِبِ الواحِدِ ثُلثُه وعلىٰ صاحِبِ الاثنَينِ ثُلُثاه علىٰ المُعتمَدِ، إلا أنْ يَتميزَ التالِفُ ويُعرفُ أنَّه لشَخصٍ مُعينٍ منهما فمُصيبتُه مِن ربِّه.

ومِن «المُدوَّنة»: مَن أودَعْتَه دَنانيرَ أو دَراهمَ فخلَطَه بمِثلِها ثُم ضاعَ المالُ كلُّه لَمْ يَضمنْ، وإنْ ضاعَ بَعضُه كانَ ما ضاعَ وما بقِيَ بينهما؛ لأنَّ دَراهمَك لا تُعرفُ مِن دَراهمِه، ولو عُرفَت بعَينِها كانَت مُصيبةُ كلِّ واحدةٍ مِن ربِّها، ولا يُغيِّرُها الخَلطُ.

وإنْ أودَعْتَه حِنطةً فخلَطَها بحِنطةٍ مِثلِها وفعَلَ ذلك علىٰ وَجهِ الإحرازِ والدَّفعِ فهلَكَ الجَميعُ لَمْ يَضمنْ؛ لأنَّ المُودِعَ علىٰ مِثلِ ذلك دخَلَ، وقد يَشقُّ علىٰ المُودَعِ أنْ يَجعلَ كلَّ ما أُودعَه علىٰ حِدةٍ، ولأنَّه لو تَعدَّىٰ علىٰ الوَديعةِ فأكَلَها ثُم ردَّ مِثلَها ثُم ضاعَت بعدَ ردِّه لَمْ يَلزمْه شيءٌ، فخَلطُه بمِثلِها كردِّ مِثلِها لَمْ يَضمنْ إذا ضاعَت، وإنْ كانَت مُختلفةً ضمِنَ، وكذلك إنْ خلَطَت

حِنطَتَك بشَعيرِه ثُم ضاعَ الجَميعُ فهو ضامِنٌ؛ لأنَّه قد أفاتَها بالخَلطِ قبلَ هلاكِها؛ لأنَّها لا تَتميزُ، وليسَ كصِنفٍ واحِدٍ مِن عينٍ أو طَعامٍ اهـ[1].

ب- خَلطُ المُودَعِ الوَديعةَ بمالِ صاحِبِها:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المُودَعِ إذا خلَطَ الوَديعةَ بمالٍ آخرَ لصاحِبِ الوَديعةِ هل يَضمنُ أم لا؟

فذهَبَ الشافِعيةُ في أَصحِّ الوَجهينِ والحَنابِلةُ في وَجهٍ إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا خلَطَ الوَديعةَ بوَديعةٍ أُخرىٰ للمُودِعِ أو بمالٍ له آخرَ وتعذَّرَ التَّمييزُ بينَهما أنَّه ضامِنٌ لها؛ لأنَّه مُتعدٍّ بذلك؛ إذ لَمْ يَرضَ المُودِعُ أنْ يَكونَ أَحدُهما مُختلِطًا بالآخرِ.

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في الوَجهِ الثاني عندَهما إلىٰ أنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ الجَميعَ مالُه، وقد لا يَكونُ له غَرضٌ في تَفريقِه.

ومَحلُّ الوَجهينِ عندَ الشافِعيةِ إذا أودَعَهما غيرَ مَختومَينِ، أمَّا المَختومانِ فيَضمنُ بلا خِلافٍ بفَتحِ الخَتمِ فقط، كفَتحِ الصُّندوقِ المُقفَلِ، بخِلافِ حلِّ خَيطٍ يُشدُّ به رأسُ الكيسِ أو رِزمةُ القُماشِ؛ لأنَّ القَصدَ به مَنعُ الانتِشارِ لا كتمُه عنه[2].

---

(1) «التاج والإكليل» (5/ 258)، و«مواهب الجليل» (7/ 227، 228)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121، 122)، و«تحبير المختصر» (4/ 344).

(2) «المهذب» (1/ 361)، و«البيان» (6/ 489)، و«روضة الطالبين» (4/ 586)، و«النجم الوهاج» (6/ 369)، و«مغني المحتاج» (4/ 148)، و«الديباج» (3/ 120)، =



ج- خَلطُ غيرِ المُودَعِ الوَديعةَ بمالِه:

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أهلِ العِلمِ، علىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا كانَت دَراهمَ فاختلَطَت بغيرِها أو خلَطَها غيرُ المُودَعِ ثُم تلِفَت أنَّه لا ضَمانَ علىٰ المُودَعِ[1].

إلا أنَّهم اختلَفُوا علىٰ مَن يَكونُ الضَّمانُ؟

فذهَبَ الإمامُ أبو حَنيفةَ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ غيرَ المُودَعِ -سَواءٌ كانَ أَجنبيًّا أو مَن في عيالِه- إذا خلَطَ الوَديعةَ بغيرِها فالضَّمانُ علىٰ مَن خلَطَها؛ لأنَّ العُدوانَ منه فالضَّمانُ عليه كما لو أتلَفَها، ولا ضَمانَ علىٰ الوَديعِ لانعِدامِ الخَلطِ منه حَقيقةً وحُكمًا.

وقالَ الصَّاحِبانِ أبو يُوسفَ ومُحمدٌ: إنَّ صاحِبَ الوَديعةِ بالخِيارِ، إنْ شاءَ ضمَّنَها الخالِطَ -ولو صَغيرًا- لأنَّه مِن التَّعدِّي علىٰ أموالِ النَّاسِ، كما لو كسَرَ زُجاجاتِ الغيرِ فإنَّ الضَّمانَ عليه.

وإنْ شاءَ أخَذَ العَينَ وكانا شَريكَينِ[2].

د- اختِلاطُ الوَديعةِ بمالِ المُودَعِ بغيرِ صُنعِه:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا اختلَطَت بمالِ المُودَعِ بلا صُنعٍ منه ولا تَقصيرٍ فلا ضَمانَ عليه، فإذا انشَقَّ الكيسُ في صُندوقِه فاختلَطَ بدَراهمِه

=
و«المبدع» (5/ 240)، و«الفروع» (4/ 362)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 244).

(1) «الإشراف» (6/ 332، 333)، و«الإجماع» (562).

(2) «حاشية ابن عابدين» (8/ 353)، و«المغني» (6/ 301)، و«كشاف القناع» (4/ 214).

فلا ضَمانَ عليه؛ لانعِدامِ الصُّنعِ المُوجِبِ للضَّمانِ عليه، ولأنَّها لو تلِفَت حَقيقةً بغيرِ تَعدٍّ منه أو تَفريطٍ، فلا ضَمانَ عليه، فاختِلاطُها بغيرِها أَولىٰ[1].

وقد نصَّ الحَنفيةُ علىٰ أنَّ المَخلوطَ يَصيرُ مُشتَركًا بينَهما، فإنْ هلَكَ بعضُها هلَكَ مِن مالِهما جَميعًا، ويُقسمُ الباقِي بينَهما علىٰ قَدرِ ما كانَ لكلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه ليسَ أَحدُهما بأنْ يَجعلَ الهالِكَ مِن نَصيبِه بأَولىٰ مِن الآخرِ، والأَصلُ في المالِ المُشترَكِ إذا هلَكَ شَيءٌ منه أنَّ ما هلَكَ هلَكَ علىٰ الشَّركةِ، وما بقِيَ بقِيَ علىٰ الشَّركةِ، باعتِبارِ أنَّ الهالِكَ يُجعلُ كأنْ لمْ يَكنْ[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنِ اختلَطَت الوَديعةُ بغيرِها مِن غيرِ تَفريطٍ مِن الوَديعِ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّها لو تلِفَت بذلك لمْ يَضمنْ، فخَلطُها أَولىٰ.

قالَ البُهوتيُّ: فإنْ ضاعَ البعضُ جُعلَ مِن مالِ المُودَعِ في ظاهِرِ كَلامِ الإمامِ أَحمدَ، ذكَرَه المَجدُ في شَرحِه، وذكَرَ القاضِي في «الخِلاف» أنَّهما يَصيرانِ شَريكَين.

قالَ المَجدُ: ولا يَبعدُ علىٰ هذا أنْ يَكونَ الهالِكُ منهما[3].

---

(1) «المبسوط» (11/ 110)، و«بدائع الصنائع» (6/ 213)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 155)، و«اللباب» (1/ 645)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 121)، و«تحفة المحتاج» (8/ 347، 348)، و«المغني» (6/ 301)، و«كشاف القناع» (4/ 215).

(2) «المبسوط» (11/ 110)، و«بدائع الصنائع» (6/ 213)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 155)، و«اللباب» (1/ 645).

(3) «كشاف القناع» (4/ 215)، و«المغني» (6/ 301)، و«تقرير القواعد» لابن رجب (1/ 180).

هـ- خَلطُ الوَديعِ وَديعتَينِ لشَخصينِ:

قالَ الإمامُ عَلاءُ الدِّينِ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو أودَعَه رَجلانِ كلُّ واحدٍ منهما أَلفَ دِرهمٍ فخلَطَ المُودَعُ المالَينِ خَلطًا لا يَتميزُ فلا سَبيلَ لهما علىٰ أَخذِ الدَّراهمِ، ويَضمنُ المُودَعُ لكلِّ واحدٍ منهما أَلفًا، ويَكونُ المَخلوطُ له، وهذا قَولُ أَبي حَنيفةَ.

وقالَ أَبو يُوسفَ ومُحمدٌ: هما بالخِيارِ، إنْ شاءا اقتَسَما المَخلوطَ نِصفينِ وإنْ شاءا ضَمَّنا المُودَعَ أَلفينِ.

وعلىٰ هذا الخِلافِ سائِرُ المَكيلاتِ والمَوزوناتِ إذا خلَطا الجِنسَ بالجِنسِ خَلطًا لا يَتميزُ، كالحِنطةِ بالحِنطةِ والشَّعيرِ بالشَّعيرِ والدُّهنَ بالدُّهنِ.

وَجهُ قَولِهما: إنَّ الوَديعةَ قائِمةٌ بعَينِها، لكنْ عجَزَ المالِكُ عن الوُصولِ إليها بعارِضِ الخَلطِ، فإنْ شاءا اقتَسَما لاعتِبارِ جِهةِ القِيامِ، وإنْ شاءا ضمنا لاعتِبارِ جِهةِ العَجزِ.

وَجهُ قَولِ أَبي حَنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه لمَّا خلَطَهما خَلطًا لا يَتميزُ فقد عجَزَ كلُّ واحدٍ منهما عن الانتِفاعِ بالمَخلوطِ، فكانَ الخَلطُ منه إتلافًا للوَديعةِ عن كلِّ واحدٍ منهما فيَضمنُ، ولهذا يَثبتُ اختيارُ التَّضمينِ عندَهما، واختيارُ التَّضمينِ لا يَثبتُ إلا بوُجودِ الإتلافِ، دلَّ أنَّ الخَلطَ منه وقَعَ إتلافًا.

ولو أودَعَه رَجلٌ حِنطةً وآخرُ شَعيرًا فخلَطَهما فهو ضامِنٌ لكلِّ واحدٍ منهما مِثلَ حقِّه عندَ أَبي حَنيفةَ؛ لأنَّ الخَلطَ إتلافٌ، وعندَهما لهما أنْ يَأخذا العَينَ ويَبيعاها ويَقتسِما الثَّمنَ علىٰ قِيمةِ الحِنطةِ مَخلوطًا بالشَّعيرِ وعلىٰ



قِيمةِ الشَّعيرِ غيرِ مَخلوطٍ بالحِنطةِ؛ لأنَّ قِيمةَ الحِنطةِ تَنقصُ بخَلطِ الشَّعيرِ، وهو يَستحقُّ الثَّمنَ لقيامِ الحَقِّ في العَينِ، وهو مُستحِقٌّ للعَينِ بخِلافِ قِيمةِ الشَّعيرِ؛ لأنَّ قِيمةَ الشَّعيرِ تَزدادُ بالخَلطِ بالحِنطةِ، وتلك الزِّيادةُ مِلكُ الغيرِ، فلا يَستحقُّها صاحِبُ الشَّعيرِ[1].

وقالَ المَواقُ المالِكيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ نَقلًا عن اللَّخميِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنْ كانَ عندَ رَجلٍ وَديعتانِ قَمحٍ وشَعيرٍ فخلَطَهما ضمِنَ لكلِّ واحدٍ منهما مثلَ ما خلَطَ له، فإنِ اختارا رَفعَ العَداءِ عنه وأنْ يَأخذاه مَخلوطًا ويَكونانِ شَريكَينِ فيه جازَ ذلك عندَ ابنِ القاسِمِ وأَشهبَ خِلافًا لسحنُونٍ.

وقالَ ابنُ القاسِمِ: وتَكونُ شَركتُهما علىٰ القِيمةِ -يُريدُ قِيمةَ القَمحِ مَعيبًا والشَّعيرِ غيرَ مَعيبٍ-، ولا يَجوزُ أنْ يَقتسِماه علىٰ ذلك، وإنما يَقتسِمانِ الثَّمنَ اهـ مِن اللَّخميِّ.

والذي لابنِ رُشدٍ: سَواءٌ خلَطَهما عَداءً أو غيرَ عَداءٍ.

قالَ: والذي يُوجبُه الحُكمُ أنْ يَقتسِماه بينَهما مَخلوطًا علىٰ قِيمةِ القَمحِ والشَّعيرِ يَومَ الخَلطِ، ويُقوَّمُ القَمحُ غيرَ مَعيبٍ خِلافَ قَولِ سحنُونٍ إنَّ القَمحَ يُقوَّمُ مَعيبًا والشَّعيرُ غيرَ مَعيبٍ.

وقَولُه «يُباعُ ويَقتسِمانِ الثَّمنَ» استِحسانٌ؛ إذ لا مانِعَ يَمنعُ مِن اقتِسامِ الطَّعامِ بعَينِه علىٰ القِيَمِ، ولو لمْ يَجزِ اقتِسامُه بعَينِه علىٰ القِيَمِ لمَا جازَ اقتِسامُ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 213).





ثَمنِه علىٰ ذلك؛ لأنَّه إنما يُباعُ علىٰ مِلكِهما، فإنما هو يَأخذُ ثَمنَ ما كانَ أخَذَه له، ولا يَجوزُ لهما أنْ يَقتسِماه علىٰ الكيلِ.

راجِعْ نَوازلَ ابنِ رُشدٍ وثاني تَرجمةٍ مِن الوَديعةِ مِن اللَّخميِّ وأولُ تَرجمةٍ مِن الوَديعةِ مِن ابنِ يُونسَ.

وانظُرْ إجازَتَهم ببَيعِ القَمحِ المَخلوطِ معَ الشَّعيرِ، إنما جازَ ذلك لأنَّه بغيرِ فِعلِهما.

وانظُرِ اختِلاطَ الزَّرعِ عندَ الحَصادِ أَولَ تَرجمةِ المُزارعَةِ مِن ابنِ سَلمونَ، وذُكرَ عن ابنِ حَبيبٍ أنَّهم يَقتسِمونَه علىٰ حَسبِ الزَّريعةِ.

ومِن رَسْمَ حلَفَ مِن سَماعِ عيسىٰ: يَحلفُ كلُّ واحدٍ علىٰ ما بَذروا، ويَقتسِمونَ الطَّعامَ علىٰ عَددِ ذلك، قالَ ابنُ رُشدٍ: وهذا كما قالَ، ومَعنىٰ هذا عندِي بعدَ أنْ يَتراجَعوا بما لبعضِهم علىٰ بعضٍ مِن فضَلَ في العَملِ.

وقالَ ابنُ أَبي زَيدٍ في قِسمةِ الشَّعيرِ والزَّيتونِ عندَ الخَلطِ أنْ يَتقارَرَ أَربابُ ذلك بينَهم علىٰ شَيءٍ مَعلومٍ فهو كذلك، وإنْ تجاهَلُوا فليسَ إلا الاصطِلاحُ.

قالَ البُرزليُّ: كَثيرًا ما يَقعُ عندَنا بتُونسَ، تَأتي السُّيولُ بالزَّيتونِ في تلك الأَوديةِ وحُكيَ هكذا، وكذلك ما اختَلطَ علىٰ يدِ اللُّصوصِ مِن الزَّرعِ والأَطعمةِ، وكذا ما وقَعَ في الرِّوايةِ في السُّفنِ إذا اختَلطَ فيها الطَّعامُ.

وفي طُررِ ابنِ عاتٍ: إذا اختَلطَ الكتَّانُ في الوادِي لسَيلٍ أو غيرِه ولَمْ يَعرفْ كلُّ واحدٍ مالَه تَحلَّلَ أَصحابُه في ذلك.

وانظُرْ ما تقدَّمَ في الطَّعامِ المُستهلَكِ أنَّه إنْ أخَذَ ما لا يَشكُّ أنَّه أَقلُّ مِن طَعامِه جازَ معَ ما تقدَّمَ لابنِ حَبيبٍ مِن قِسمةِ الزَّرعِ المَخلوطِ علىٰ حَسبِ الزَّريعةِ، معَ ما تقدَّمَ لابنِ رُشدٍ مِن تَخفيفِ اقتِسامِ الطَّعامِ المَخلوطِ بالقِيمةِ.

ولو خلَطَ عَداءً هل يَكونُ ذلك كلُّه مُسوِّغًا للذين يَخلطونَ أَلبانَهم أنْ يَأخذَ الإنسانُ مِن الجُبنِ القَدرَ الذي لا يَشكُّ أنَّه يَخرجُ له مِن لَبنِ غَنمِه لو أفرَدَها؟ وقد بسَطْت في «سُننِ المُهتدينَ» أنَّ إقدامَ المَرءِ علىٰ شَيءٍ بتَأويلٍ ليسَ كمَن أقدَمَ عليه مُجاهِرًا، ومَن أكَلَ حَرامًا يَعتقدُ أنَّه حَلالٌ أُثيبَ علىٰ قَصدِه ولا يُعاقَبُ علىٰ فِعلِه ولا يُظلِمُ به قَلبُه، ومَن أقدَمَ علىٰ حَلالٍ صِرفٍ يَعتقدُ شُبهتَه قَسا قَلبُه به وأظلَمَ، وإنْ كانَ مُعتقِدًا حُرمتَه كانَ ذلك جُرحةً فيه، وعليه دَركُ المُخالَفةِ معَ كَونِ ذلك الشَّيءِ في نَفسِه حَلالًا صِرفًا[1].

إتلافُ الوَديعةِ بأَمرِ صاحِبِها:

نَصَّ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه لا يَجوزُ للإنسانِ أنْ يُتلفَ مالَ غيرِه ولو بإذنِه، فإذا قالَ ربُّ الوَديعةِ للمُودَعِ: أَتلِفْ وَديعَتي أو أَلقِها في البَحرِ أو أَحرِقْها بالنَّار لَمْ يَجزْ له أنْ يَفعلَ ذلك؛ لأنَّ اللهَ تَعالىٰ نَهىٰ عن إتلافِ المالِ.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو أقدَمَ علىٰ إتلافِها وأتلَفَها بإذنِ ربِّها هل يَضمنُها أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في قَولٍ والشافِعيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لإذنِ ربِّها له بذلك؛ لأنَّ الحقَّ في الوَديعةِ ثابتٌ

(1) «التاج والإكليل» (4/ 258، 260).



لصاحِبِها، وقد أسقطَه حينَ أذِنَ له بإتلافِها، فصارَ كما لو استَنابَه في مُباحٍ، فلا يَغرمُ الوَديعُ له شَيئًا.

ولأنَّ التَّحريمَ أَثرُه في بَقاءِ حقِّ اللهِ تَعالىٰ وهو التَّأثيمُ، أما حقُّ الآدميِّ فلا يَبقىٰ معَ إذنِه في تَفويتِه[1].

وذهَبَ المالِكيةُ في المَذهبِ وابنُ المُنذرِ مِن الشافِعيةِ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ للمُودَعِ إتلافُ الوَديعةِ ولو أذِنَ له ربُّها في إتلافِها، فإنْ أتلَفَها ضمِنَها لوُجوبِ حِفظِ المالِ، كمَن قالَ لرَجلٍ: اقتُلني أو وَلدي ففعَلَ، ولأنَّ مُقتضىٰ عَقدِ الوَديعةِ وُجوبُ حِفظِها علىٰ الوَديعِ، فصارَ الإذنُ له في إتلافِها كشَرطٍ مُناقضٍ لمُقتضىٰ عَقدِها فيُلغىٰ[2].

قالَ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنَّه مَمنوعٌ مِن إتلافِ المالِ في غيرِ حالِ الضَّرورةِ؛ لأنَّ ذلك مُحرَّمٌ، وفاعِلُه عاصٍ، يَجبُ أنْ يُحجرَ عليه؛ لنَهيِ النَّبيِّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ عن إضاعةِ المالِ، فإذا أمَرَه بما ليسَ له، فأَمرُه وسُكوتُه سيَّانِ.

ولو كانَ هذا لا شَيءَ عليه، لكانَ المُسلِمُ إذا قالَ لأَخيه المُسلمِ: «اضرِبْ عُنقي» فقطعَه ألَّا شَيءَ عليه؛ لأنَّه فعَلَ ما أُمرَ به، وقد أجمَعَ أَهلُ

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 236)، و«البناية شرح الهداية» للعيني (9/ 337)، و«شرح الزرقاني علىٰ خليل» (6/ 204)، و«الإشراف» (6/ 344، 345)، و«الحاوي الكبير» (6/ 79)، و«المهذب» (1/ 360)، و«روضة الطالبين» (4/ 590)، و«المغني» (6/ 309)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 46).

(2) «شرح الزرقاني علىٰ خليل» (6/ 204)، و«حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» (5/ 121)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 147).

العِلمِ علىٰ أنَّ هذا قاتِلٌ ظالِمٌ، وقد منَعَ اللهُ مِن مالِ المُسلِمِ ومِن دمِه، وقد جمَعَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَ تَحريمِهما[1].

أما لو أسقَطَ الضَّمانَ عنه قبلَ إتلافِها فقد حَكى ابنُ القَيمِ الاتِّفاقَ على أنَّه لا ضَمانَ عليه.

قالَ الإمامُ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لو أذِنَ له في إتلافِ مالِه وأسقطَ الضَّمانَ عنه قبلَ الإتلافِ فإنَّه لا يَضمنُ اتِّفاقًا[2].

لكنَّ الذي يَظهرُ -واللهُ أعلمُ- أنَّ المالِكيةَ وابنَ المُنذرِ لم يُفرِّقوا بينَ أنْ يُسقطَ عنه الضَّمانَ أو غيرِه، وهو ظاهِرٌ مِن كَلامِهم كما تقدَّمَ.

إذا تلِفَت الوَديعةُ بسَببِ عَدمِ دَفعِ المُودَعِ الهَلاكَ عنها:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه يَجبُ علىٰ المُودَعِ حِفظُ الوَديعةِ، وكذا نصَّ عامَّتُهم علىٰ أنَّه يَجبُ عليه دَفعُ الهَلاكِ عنها، كما إذا وقَعَ في دارِه حَريقٌ واستطاعَ أنْ يَنقلَ الوَديعةَ وجَبَ عليه نَقلُها ودَفعُ الهَلاكِ عنها، هكذا نصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ.

قالَ الإمامُ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وأما بَيانُ ما يُغيِّرُ حالَ المَعقودِ عليه مِن الأَمانةِ إلىٰ الضَّمانِ فأَنواعٌ:

منها: تَركُ الحِفظِ؛ لأنَّه بالعَقدِ التزَمَ حِفظَ الوَديعةِ علىٰ وَجهٍ لو ترَكَ حِفظَها حتىٰ هلَكَت يَضمنُ بَدلَها، وذلك بطَريقِ الكَفالةِ، ولهذا لو رَأىٰ

(1) «الإشراف» (6/ 344، 345).

(2) «بدائع الفوائد» (1/ 9).

إنسانًا يَسرقُ الوَديعةَ وهو قادِرٌ علىٰ مَنعِه ضمِنَ؛ لتركِ الحِفظ المُلتزَمَ بالعَقدِ، وهو مَعنىٰ قَولِ مَشايخِنا إنَّ المُودَعَ يُؤخذُ بضَمانِ العَقدِ[1].

وقالَ أبو مُحمَّدِ بنِ غانِمِ بنِ مُحمَّدِ البَغداديُّ الحَنفيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أُحرقَ بَيتُ المُودَعِ فلمْ يَنقلِ الوَديعةَ إلىٰ مَكانٍ آخرَ معَ إمكانِه يَضمنُ إذا تمكَّنَ مِن حِفظِها بنَقلِها إلىٰ مَكانٍ آخرَ[2].

وقالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا دَعَت الضَّرورةُ إلىٰ إخراجِها مِن الحِرزِ الذي عيَّنَه لحِفظِ الوَديعةِ فيه مِن غِشيانِ نارٍ أو حُدوثِ حَريقٍ فهذا علىٰ ضَربينِ:

أَحدُهما: أنْ يَنصَّ المُودِعُ علىٰ ألَّا يُخرِجَها منه في هذه الأَحوالِ.

والثاني: ألَّا يَنصَّ.

فإنْ لَمْ يَنصَّ علىٰ ذلك بل نَهىٰ عن إخراجِها منه علىٰ الإطلاقِ جازَ -معَ حُدوثِ هذه الضَّروراتِ المُتجدِّدةِ- إخراجُها؛ لأنَّ نَهيَه عن إخراجِها إنما هو لفَرطِ الاحتِياطِ في حِفظِها، فلمْ يَجزْ تَركُها في مَكانٍ يُفضي إلىٰ تَلفِها، فإنْ تَركَها ولمْ يَنقلْها حتىٰ تلِفَت فعليه الضَّمانُ لتَفريطِه بالتَّركِ.

وإنْ نصَّ علىٰ ألَّا تَخرجَ منه وإنْ غشِيَت نارٌ أو حدَثَت غارَةٌ، فإنْ كانَ حَيوانًا يَخافُ علىٰ نَفسِه مِن غِشيانِ النَّارِ كانَ هذا فيه شَرطًا باطِلًا، ولزِمَ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 211).

(2) «مجمع الضمانات» (1/ 212)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (5/ 155).

إخراجُه معَ النَّهيِ عنه، كما يَلزمُ عَلفُه وإنْ نَهىٰ عنه، فإنْ أخرَجَه لَمْ يَضمنْه، وإنْ ترَكَه ففي ضَمانِه وَجهانِ، كالدابَّةِ إذا شرَطَ عليه ألَّا يَعلفَها.

وإنْ لَمْ يَكنْ حَيوانًا يَخافُ تَلفَ نَفسِه ففي لُزومِ شَرطِه وَجهانِ، بِناءً علىٰ اختِلافِ الوَجهينِ المحكيَّينِ عن أبي إسحاقَ المرُّوزيِّ في الوَكيلِ إذا وكِّلَ في شِراءِ عَبدٍ بعَينِه بعَشرةٍ فاشتَراه بأقلَّ منها، فإنْ لَمْ يَنهَه المُوكِّلُ عن شِرائِه بأقلَّ مِن عَشرةٍ صَحَّ الشِّراءُ، وإنْ نَهاه ففي لُزومِ شَرطِ وصِحةِ عَقدِه وَجهانِ: أحدُهما: الشَّرطُ باطِلٌ والشِّراءُ صَحيحٌ، والوَجهُ الثاني: أنَّ الشَّرطَ لازِمٌ والشِّراءُ باطِلٌ، كذلك هذا الشَّرطُ، وهذا المَوضعُ يُخرَّجُ علىٰ هذين الوَجهين:

أحدُهما: يَلزمُ لقَطعِ الاجتِهادِ بالنَّصِّ، فعلىٰ هذا إنْ أخرَجَه ضمِنَ وإنْ ترَكَه لَمْ يَضمنْ.



والوَجهُ الثاني: لا يَلزمُ تَغليبًا لحُكمِ الاحتِياطِ في نصِّه، فعلىٰ هذا إنْ أخرَجَه لَمْ يَضمنْ، وإنْ ترَكَه ففي ضَمانِه وَجهانِ علىٰ ما ذكَرْنا في الدابَّةِ المَنهيِّ عن عَلفِها إذا لَمْ يَعلفْها، فأما مُؤنةُ إخراجِها ونَقلِها فإنْ منَعَ منه كانَ مُتطوِّعًا به، وكذلك لو كانَ له ولَمْ يَجبْ عليه كانَ مُتطوِّعًا به، وإنْ وجَبَ عليه كانَ كالعَلفِ علىٰ ما مَضىٰ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: يَلزمُ الوَديعَ إخراجُ الوَديعةِ عندَ غِشيانِ شَيءٍ الغالِبُ منه الهَلاكُ كالنَّهبِ، فإنْ ترَكَ الوَديعُ الوَديعةَ في الحِرزِ الذي عيَّنَه ربُّها معَ

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 369، 370).

غشيانِ ما الغالِبُ منه الهَلاكُ فتلِفَت ضمَنَها الوَديعُ، سَواءٌ تلِفَت بالأَمرِ المَخوفِ أو غيرِه؛ لأنَّه مُفرِّطٌ به[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ربُّ الوَديعةِ إذا أمَرَ المُستودَعَ بحِفظِها في مَكانٍ عيَّنَه فحفِظَ فيه ولم يَخشَ عليها فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ؛ لأنَّه مُمتثِلٌ لأَمرِه غيرُ مُفرِّطٍ في مالِه.

وإنْ خافَ عليها سَيلًا وتَوىً -يَعني هَلاكًا- فأخرَجَها منه إلىٰ حِرزِها فتلِفَت فلا ضَمانَ عليه بغيرِ خِلافٍ أيضًا؛ لأنَّ نَقلَها في هذه الحالِ تعيَّنَ حِفظًا لها، وهو مَأمورٌ بحِفظِها.

وإنْ ترَكَها معَ الخَوفِ فتلِفَت ضمِنَها، سَواءٌ تلِفَت بالأَمرِ المَخوفِ أو بغيرِه؛ لأنَّه فرَّطَ في حِفظِها؛ لأنَّ حِفظَها نَقلُها وتَركُها تَضييعٌ لها.

وإنْ لَمْ يَخفْ عليها فنقَلَها عن الحِرزِ إلىٰ دونِه ضمِنَها؛ لأنَّه خالَفَه في الحِفظِ المَأمورِ به.

وإنْ نقَلَها إلىٰ دونِه عندَ الخَوفِ عليها نظَرْنا، فإنْ أمكَنَه إحرازُها بمِثلِه أو أَعلىٰ منه ضمِنَها أيضًا لتَفريطِه، وإنْ لَمْ يُمكنْه إحرازُها إلا بما دونَه لَمْ يَضمنْها؛ لأنَّ إِحرازَها بذلك أَحفظُ لها مِن تَركِه، وليسَ في وُسعِه سواه[2].

وقد حُكيَ عن بعضِهم أنَّه لا يَجبُ عليه ضَمانٌ إذا لَمْ يُخرِجْها.

---

(1) «كشاف القناع» (4/ 206)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 150، 151).

(2) «المغني» (6/ 303).

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا في الحَريقِ يَقعُ في البَيتِ، ويُمكنُ المُودَعُ إخراجُ الوَديعةِ مِن مَكانِها فلمْ يَفعلْ.

فقالَ قائِلٌ: يَضمنُ؛ لأنّه كأنَّه أتلَفَه؛ لأنّه أمَرَ بحِفظِه، وهذا مُضيِّعٌ، وهذا يُشبهُ مَذهبَ الشافِعيِّ؛ لأنّه قالَ: مَن استُودِعَ دوابَّ فلمْ يَعلفْها حتىٰ تلِفَت ضمِنَ.

وقالَ آخرُ: لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ النّارَ أتلَفَتْها، وهذا كالرَّجلِ المُسلمِ تُحيطُ به النارُ ورَجلٌ مُسلِمٌ قادرٌ علىٰ إخراجِه فلمْ يَفعلْ فهو عاصٍ، ولا عَقلَ عليه ولا قَودَ[1].

إلا أنَّ فُقهاءَ الشافِعيةِ والحَنابلةِ اختلَفُوا فيما لو قالَ له ربُّها: لا تُخرجْها مِن ذلك الحِرزِ وإنْ خِفتَ عليها الهَلاكَ، فإذا حصَلَ الهَلاكُ ولمْ يَنقلْها المُودَعُ في هذه الحالَةِ فتلِفَت هل يَضمنُها أم لا؟ **في ذلك وَجهانِ عند الشافِعيةِ والحَنابلةِ.**

أَحدُهما وهو الصَّحيحُ عندَهما: أنَّه لا يَضمنُ؛ لأنَّه مُمتثِلٌ أمرَ ربِّه فيما فعَلَ؛ لأنَّ نَهيَه معَ خَوفِ الهَلاكِ نصٌّ فيه وتَصريحٌ به، فيَكونُ مَأذونًا له في تَركِها في تلك الحالِ فلمْ يَضمنْها؛ لامتِثالِه أمرَ صاحبِها كما لو قالَ له: أَتلِفْها فأتلَفَها.

والثاني: يَضمنُ؛ لأنَّه غرَّرَ بها حيثُ ترَكَ نَقلَها معَ الخَوفِ عليها؛ لأنَّ

(1) «الإشراف» (6/ 344).



نَهيَ صاحِبِها عن إخراجِها إنما كانَ لحِفظِها، وحِفظُها هنا في إخراجِها، فأَشبَه ما لو لمْ يَنهَه عن إخراجِها[1].

عِلمُ المُودَعِ بما في الوَديعة:

قالَ الماوردِيُّ وغيرُه: ولا تَفتقرُ الوَديعةُ إلى عِلمِ الوَديعِ بما فيها، بخِلافِ اللُّقطةِ؛ لمَا يَلزمُه مِن تَعريفِها[2].

إنِ ادَّعى صاحِبُ الوَديعةِ أنَّ المُودَعَ أخَذَ منها:

نصَّ الفُقهاءُ كما تقدَّمَ أنَّ المُودَعَ أَمينٌ، وأنَّه لا يُشترطُ عليه أنْ يَعرفَ ما في الوَديعةِ، وعليه فإذا أودِعَ وَديعةً في كيسٍ مَختومٍ مَثلًا ولمْ يَعلمْ ما فيه ولمْ يُعاينْه ثُم ادَّعى المُودِعُ أنَّها أكثرُ مما هي عليه الآنَ أنَّ القَولَ قَولُ المُودَعِ.

قالَ الحَنفيةُ: إذا كانَ أودَعَ عندَ رَجلٍ دَراهمَ في كيسٍ ولمْ يَزنْ على المُودَعِ ثُم ادَّعى أنَّه أكثرُ مِن ذلك وقالَ المُودَعُ: «قد قبَضْتُ الكيسَ ولا أَدري كمْ كانَ فيه» فلا ضَمانَ عليه ولا يَمينَ، إلا أنْ يَدعيَ عليه الفِعلَ، وهو التَّضييعُ أو الخِيانةُ فيَحلفُ، بأنْ قالَ: «إنَّها كانَت زائدةً مِقدارَ كذا وأنت أضَعْتَ الزِّيادةَ أو حصَلَتْ منك خِيانةٌ بوَجهِ كذا» فيَحلفُ.

(1) «المهذب» (1/ 359، 360)، و«الحاوي الكبير» (8/ 368، 369)، و«البيان» (6/ 477)، و«النجم الوهاج» (6/ 356، 357)، و«مغني المحتاج» (4/ 139، 140)، و«تحفة المحتاج» (8/ 324، 326)، و«نهاية المحتاج» (6/ 138، 139)، و«الديباج» (3/ 113)، و«المغني» (6/ 303، 304)، و«كشاف القناع» (4/ 205، 206)، و«شرح منتهى الإرادات» (234، 235).

(2) «أسنى المطالب» (3/ 75)، و«مغني المحتاج» (4/ 133).



وقيلَ: يَنبغي أنْ يَحلفَ، فإنَّ مُحمدًّا رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: القَولُ قَولُ الغاصِبِ والمُودَعِ في المِقدارِ معَ يَمينِه[1].

وسُئلَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن وَديعةٍ في كيسٍ مَختومٍ ولَمْ يَعلمْ ما فيه ولا عايَنَه، وذكَرَ المُودِعُ أنَّها أَلفٌ وخُمسمائةٍ وثَلاثُ تَفاصيلَ وعُدمَت الوَديعةُ في جُملةِ قُماشٍ ولمَّا عُدمَت قالَ صاحِبُ الوَديعةِ: إنَّ ما فيها شيءٌ يُساوي سَبعةَ آلافٍ، فهل يَلزمُ المُودَعُ غَرامةَ ما ذكَرَه في الأَولِ أم يَلزمُه ما ذكَرَ في الآخِرِ؟

فأجابَ: إنْ تلِفَت بغيرِ تَفريطٍ منه ولا عُدوانٍ لَمْ يَلزمْه ضَمانٌ، وإذا ذهَبَت مع مالِه كانْ أَبلغَ، وإذا ادَّعىٰ ذلك بسَببٍ ظاهِرٍ مَعلومٍ كُلفَ البيِّنةَ وقُبلَ قَولُه[2].



(1) «المحيط البرهاني» (5/ 483)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 164)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 346)، و«درر الحكام» (2/ 272).

(2) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 397).





فصل في
الهلاكِ بعدَ الطَّلبِ والجُحودِ والرَّدِّ

قَبولُ قَولِ المُودَعِ في ردِّ الوَديعةِ:

اتَّفَقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا أخَذَ الوَديعةَ بغيرِ بَينةٍ ثُم ادَّعىٰ ردَّها علىٰ المالِكِ أنَّ القَولَ قَولُه مع يَمينِه؛ لأنَّه أَمينٌ والقَولُ قَولُه.

قالَ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اتَّفقُوا علىٰ أنَّ القَولَ قَولُ المُودَعِ في التَّلفِ والرَّدِّ علىٰ الإِطلاقِ معَ يَمينِه[1].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو أودَعَها له ببيِّنةٍ ثُم ادَّعىٰ المُودَعُ الرَّدَّ بغيرِ بيِّنةٍ، فهل يُقبلُ قَولُه أم لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ في المَشهورِ وأَحمدُ في روايةٍ إلىٰ أنَّ المالِكَ إذا أعطىٰ الوَديعةَ للمُودَعِ ببيِّنةٍ ثم ادَّعىٰ المُودَعُ الردَّ عليه بغيرِ بيِّنةٍ فلا يُقبلُ قَولُه إلا ببيِّنةٍ؛ لأنَّه لمَّا أشهَدَ عليه وتوثَّقَ منه جعَلَه أَمينًا في الحِفظِ دونَ الردِّ، فإذا ادَّعىٰ ردَّها؛ فقد ادَّعىٰ بَراءتَه بما ليسَ بمُؤتمَنٍ فيه، فلَمْ يُقبلْ منه إلا ببَينةٍ، ولأنَّ الغالِبَ ممَّن شهِدَ عليه بشَيءٍ أنَّه يَجتهدُ في دَفعِ تلك الشَّهادةِ عنه بما

---

(1) «الإفصاح» (2/ 5).

يَدفعُها بحيثُ إنْ لمْ يَفعلْ ذلك تعيَّنَت التُّهمةُ المُوجِبةُ للضَّمانِ، ولأنَّ أَصلَ اليدِ الضَّمانُ؛ لقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «علىٰ اليدِ ما أخَذَت حتىٰ تُردَّه» خالَفْناه في مَوانعِ الإجماعِ فيَبقىٰ علىٰ مُقتَضاه في صُورِ النِّزاعِ، ولأنَّه لولا الضَّمانُ حينَئذٍ لانتَفَت فائِدةُ الإشهادِ، فإذا أزَلْناه لمْ يبقَ له فائِدةٌ[1].

جاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى» فيمَن دفَعَ إلىٰ رَجلٍ مالًا قِراضًا أو وَديعةً ببيِّنةٍ أو بغيرِ بيِّنةٍ.

(قُلْت): أَرأيتَ ما ذكَرْت عن مالِكٍ أنَّه قالَ إذا دفَعَ إليه المالَ وَديعةً أو قِراضًا ببَينةٍ فقالَ الذي أخَذَ المالَ بعدَ ذلك: قد رددْتُه، أنَّه لا يَبرأُ بقَولِه إنِّي قد رددْتُه، إلا أنْ يَكونَ له بَينةٌ؟ (قُلْت): لِمَ قالَ مالِكٌ ذلك؟ أليسَ أَصلُ أَخذِه هذا المالَ أَمانةً؟ فلِمَ لا يَبرأُ بقَولِه إنِّي قد دفَعْتُه؟ وقد قُلْت: قد قالَ مالِكٌ: إذا قالَ قد ضاعَ مني إنَّه مُصدَّقٌ وإنْ كانَت عليه بَينةٌ فلِمَ لا يُصدَّقُ إذا قالَ قد رددْتُه؟

(قالَ): لأنَّه حينَ دفَعَ إليه المالَ قد استوثَقَ منه الدَّافعُ، فلا يَبرأُ حتىٰ يَستوثِقَ هو أَيضًا إذا هو دفَعَ وإنْ كانَ أَصلُ المالِ أَمانةً، فإنَّه لا يَبرأُ إلا بالوَثيقةِ[2].

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 150، 151)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 109، 110)، رقم (967)، و«المعونة» (2/ 182)، و«الذخيرة» (9/ 145)، و«التاج والإكليل» (4/ 275)، و«بداية المجتهد» (2/ 233)، و«الفواكة الدواني» (2/ 170)، و«الإفصاح» (2/ 5)، و«الشرح الكبير مع المغني» (7/ 316)، و«جامع العلوم والحكم» (313)، و«الإنصاف» (6/ 338).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 150، 151).

والمُرادُ بالبَينةِ المَقصودةِ للتَّوثقِ هي التي يَقولُ مُشهدُها اشهَدُوا أنِّي إنما أشهَدْت خَوفَ دَعوىٰ الرَّدِّ أو الجَحدِ، وأما إِشهادُها خَوفَ المَوتِ أو خَوفَ دَعوىٰ التَّلفِ وما أشبَهَه مما يُعلمُ أنَّه لَمْ يَقصدْ به التَّوثقَ فإنَّه يُصدقُ في دَعواه الرَّدَّ.

ويَكفي في كَونِها مَقصودةً للتَّوثقِ قَصدُ المُودِعِ -بالكسرِ-، ولا يَتوقفُ علىٰ عِلمِ المُودَعِ -بالفتحِ- أنَّ المُودِعَ -بالكسرِ- أشهَدَ تلك البَينةَ بقَصدِ التَّوثقِ.

وقيلَ: يُشترطُ في كَونِها للتَّوثقِ عِلمُ المُودَعِ -بالفتحِ- أنَّ المُودِعَ -بالكسرِ- قصَدَ بها التَّوثقَ[1].

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ -وقيلَ إنَّه قَولُ ابنُ القاسِمِ مِن المالِكيةِ- إلىٰ أنَّ المُودَعَ إذا ادَّعىٰ ردَّ الوَديعةِ علىٰ مالِكِها فإنَّ القولَ قَولُه مُطلقًا معَ يَمينِه؛ لأنَّه أخَذَ العَينَ لمَنفعةِ المالِكِ لا لمَنفعةِ نَفسِه، فكانَ القَولُ في الردِّ قولَه، وسَواءٌ كانَ المُودِعُ قد أشهَدَ عليه عندَ الدَّفعِ للوَديعةِ إليه أو لَمْ يُشهدْ؛ لأنَّه لمَّا كانَ قَولُه في التَّلفِ مَقبولًا معَ الشَّهادةِ وعَدمِها وجَبَ أنْ يَكونَ قولُه في الردِّ مَقبولًا معَ الشَّهادةِ وعَدمِها[2].

---

(1) «الفواكة الدواني» (2/ 170).

(2) «تحفة الفقهاء» (3/ 182)، و«بدائع الصنائع» (6/ 211)، و«بداية المجتهد» (2/ 233)، و«الحاوي الكبير» (8/ 371)، و«المهذب» (1/ 362)، و«النجم الوهاج» (6/ 373)، و«كنز الراغبين» (3/ 459)، و«مغني المحتاج» (4/ 150)، =

قالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اتَّفقُوا علىٰ أنَّ الوَديعةَ أَمانةٌ مَحضةٌ وأنَّها مِن القُربِ المَندوبِ إليها، وأنَّ في حِفظِها ثَوابًا، وأنَّ الضَّمانَ لا يَجبُ علىٰ المُودَعِ إلا بالتَّعدِّي، وأنَّ القَولَ قَولُ المُودَعِ في التَّلفِ والرَّدِّ علىٰ الإطلاقِ معَ يَمينِه.

ثُم اختلَفُوا فيما إذا كانَ المُودَعُ قد قبَضَها ببَينةٍ، فهل يُقبلُ قَولُه في رَدِّها بغيرِ بَينةٍ؟

فقالَ أَبو حَنيفةَ والشافِعيُّ: يُقبلُ قَولُه في رَدِّها بغيرِ بَينةٍ.

وقالَ مالِكٌ: لا يُقبلُ قَولُه في رَدِّها إلا ببَينةٍ.

وعن أَحمدَ رِوايتانِ أَظهرُهما كمَذهبِ أَبي حَنيفةَ والشافِعيِّ، والأُخرىٰ كمَذهبِ مالِكٍ[1].

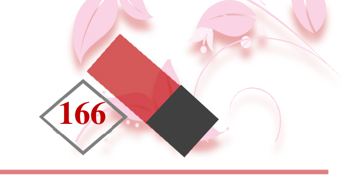
وقالَ الإمامُ ابنُ رَجبٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو ادَّعىٰ الأَمينُ ردَّ الأَمانةِ إلىٰ مَن ائتمَنَه فالأَكثرونَ علىٰ أنَّ قَولَه مَقبولٌ أَيضًا لدَعوىٰ التَّلفِ، وقالَ الأَوزاعيُّ: لا يُقبلُ قَولُه لأنَّه مُدَّعٍ.

وقالَ مالِكٌ وأَحمدُ في رِوايةٍ: إنْ ثبَتَ قَبضُه للأَمانةِ ببَينةٍ لَمْ يُقبلْ قَولُه في الرَّدِّ بدونِ البَينةِ، ووجَّهَ بعضُ أَصحابِنا ذلك بأنَّ الإشهادَ علىٰ دَفعِ الحُقوقِ

=

و«تحفة المحتاج» (8/ 353)، و«الديباج» (3/ 122)، و«المغني» (6/ 308)، و«الشرح الكبير» (7/ 316)، و«الإنصاف» (6/ 338)، و«كشاف القناع» (4/ 217)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 247)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 163).

(1) «الإفصاح» (2/ 5).



الثابِتةِ بالبَينةِ واجِبٌ، فيَكونُ تَركُه تَفريطًا فيَجبُ به الضَّمانُ، ولذلك قالَ طائِفةٌ منهم في دَفعِ مالِ اليَتيمِ إليه لا بدَّ له مِن بَينةٍ؛ لأنَّ اللهَ تَعالىٰ أمَرَ بالإشهادِ عليه فيَكونُ واجِبًا[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا في المُودَعِ يَقولُ: قد ردَدْتُها إليكَ.

فقالَ الثَّوريُّ والشافِعيُّ وأَحمدُ وإِسحاقُ وأَصحابُ الرَّأيِ: القَولُ قَولُه معَ يَمينِه.

وقالَ مالِكٌ: إنْ كانَ دفعَها ببَينةٍ فإنَّه لا يَبرأُ منها إذا قالَ «قد دفعْتُها إليكَ» إلا ببَينةٍ، وإنْ كانَ أودَعَه بغيرِ بَينةٍ فإنَّه يَبرأُ بغيرِ بَينةٍ، والمُضارِبُ مِثلُه.

قالَ أَبو بكرٍ: قَولُ الثَّوريِّ صَحيحٌ؛ لأنَّهم أجمَعُوا علىٰ أنَّه إذا قالَ: قد تلِفَت، أنَّه أَمينٌ، وكذلك إذا قالَ: قد ردَدْتُها إليكَ، فالقَولُ قَولُه[2].

قالَ الإمامُ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المِثالُ الثانِي والسَّبعونَ:

لو غلِطَ المُضارِبُ أو الشَّريكُ وقالَ: «ربِحْتُ أَلفًا» ثُم أرادَ الرُّجوعَ لم يُقبلْ منه؛ لأنَّه إنكارٌ بعدَ إقرارٍ، ولو أقامَ بيِّنة علىٰ الغلَطِ فالصَّحيحُ أنَّها تُقبلُ، وقيلَ: لا تُقبلُ؛ لأنَّه مُكذِّبٌ لها، فالحِيلةُ في استِدراكِه ما غلِطَ فيه بحيثُ تُقبلُ منه أنْ يَقولَ خسِرْتُها بعدَ أنْ ربِحْتَها، فالقَولُ قَولُه في ذلك ولا يَلزمُه الأَلفُ.

---

(1) «جامع العلوم والحكم» ص(313).

(2) «الإشراف» (6/ 332، 333).

وهكذا الحِيلةُ في استِدراكِ كلِّ أَمينٍ لظِلامتِه كالمُودَعِ إذا ردَّ الوَديعةَ التي دُفعَت إليه ببَينةٍ ولمْ يُشهدْ علىٰ رَدِّها، فهل يُقبلُ قولُه في الرَّدِّ؟ فيه قَولانِ، هما رِوايتانِ عن الإمامِ أحمدَ، فإذا خافَ ألَّا يُقبلَ قولُه فالحِيلةُ في تَخلُّصِه أنْ يَدعيَ تَلفَها مِن غيرِ تَفريطٍ، فإنْ حلَّفَه علىٰ ذلك فليَحلِفْ مُورِّيًا مُتأوِّلًا أنَّ تَلفَها مِن عندِه خُروجُها مِن تحتِ يدِه ونَظائرِ ذلك واللهُ أعلمُ[1].

ردُّ الوَديعةِ عندَ طَلبِ صاحِبِها:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ ربَّ الوَديعةِ إذا طلَبَ وَديعتَه فيَجبُ علىٰ المُودَعِ ردُّها إليه إذا لمْ يَكنْ له عُذرٌ؛ لقَولِ اللهِ تَعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: 58].

وقالَ النَّبيُّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**أَدِّ الأمانةَ إلىٰ مَن ائتمَنَك، ولا تَخنْ مَن خانَك**»[2]، يَعني عندَ طَلبِها.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمَعُوا علىٰ أنَّ الأماناتِ مَردودةٌ إلىٰ أَربابِها[3].

ولأنَّها حَقٌّ لمالِكِها لمْ يَتعلَّقْ بها حَقُّ غيرِه فلزِمَ أَداؤُها إليه كالمَغصوبِ والدَّينِ الحالِّ، فإنِ امتنَعَ مِن دَفعِها في هذه الحالِ فتلِفَت ضمِنَها؛ لأنَّه صارَ غاصِبًا لكَونِه أمسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه بفِعلٍ مُحرَّمٍ.

(1) «إعلام الموقعين» (4/ 8).
(2) رواه الإمام أحمد في «مسنده» (15462)، وأبو داود (3534).
(3) «الإجماع» (558).



فأمَّا إنْ طلَبَها في وَقتٍ لَمْ يُمكنْ دَفعُها إليه لبُعدِها أو لمَخافةٍ في طَريقِها أو للعَجزِ عن حَملِها أو غيرِ ذلك لَمْ يَكنْ مُتعدِّيًا بتَركِ تَسليمِها؛ لأنَّ اللهَ تَعالىٰ لا يُكلِّفُ نَفسًا إلا وُسعَها، وإنْ تلِفَ لَمْ يَضمنْها لعَدمِ عُدوانِه، وإنْ قالَ: أَمهلُوني حتىٰ أَقضيَ صَلاتِي أو آكلُ فإنِّي جائِعٌ أو أَنامُ فإنِّي ناعِسٌ أو يَنهضمَ عني الطَّعامُ فإنِّي مُمتلِئٌ أُمهلَ بقَدرِ ذلك[1].

إلا أنَّ المالِكيةَ قالوا: مَن دفعَ لشَخصٍ وَديعةً بغيرِ بيِّنةٍ ثُم طلبَها منه فامتنَعَ مِن دَفعِها له إلا بحَضرةِ القاضِي ثُم إنَّها ضاعَت بعدَ ذلك فإنَّه يَكونُ ضامِنًا لها؛ لأنَّ إِمساكَها ظُلمٌ لربِّها فهو كالمُتسَبِّبِ مُتسبِّبٌ في ضَياعِها؛ إذ لا عُذرَ له لأنَّه مُصدَّقٌ إذا ادَّعىٰ رَدَّها لربِّها.

أما إنْ كانَ أخَذَها منه ببَينةٍ مَقصودةٍ للتَوثُّقِ فلا يَضمنُ لأنَّه مَعذورٌ؛ إذ لا يُقبلُ قَولُه حينَئذٍ في رَدِّها بخِلافِ الأَولِ.

إلا إنْ قالَ: ضاعَت مِن سِنينَ وأَولىٰ مِن أَقلَّ، ولَم يَكنْ يَذكرُ ذلك لأَحدٍ مِن خَلقِ اللهِ، إلا أنَّه قالَ كنْتُ أَرجوها وأَطلبُها فلَمْ أَجدْها فإنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه أَمينٌ، وسَواءٌ كانَ صاحِبُ الوَديعةِ حاضِرًا أو غائبًا عن

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 210)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 155)، و«اللباب» (1/ 645)، و«مختصر الوقاية» (2/ 133)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 352)، و«البيان» (6/ 496)، و«روضة الطالبين» (4/ 594، 595)، و«النجم الوهاج» (6/ 371)، و«مغني المحتاج» (4/ 149)، و«المغني» (6/ 306)، و«الإفصاح» (2/ 5)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 251)، و«كشاف القناع» (4/ 221).



البَلَدِ، كالقِراضِ إذا نضَّ ثم طلَبَه ربُّه فقالَ له ضاعَ مِن سِنينَ وكنْتُ أَرجوه فلا ضَمانَ عليه[1].

إذا طلَبَ الوَديعةَ فقالَ المُستودَعُ: لا يُمكنُني إِحضارُها الساعَةَ:

قالَ الحَنفيةُ: إذا طلَبَ صاحِبُ الوَديعةِ الوَديعةَ منه فقالَ المُستودَعُ: لا يُمكنُني أنْ أُحضرَها الساعَةَ، فتركَها وذهَبَ ثُم هلكَت، فإنْ كانَ المُودَعُ صادِقًا في قَولِه فلا يَضمنُ مُطلقًا؛ لأنَّه لمَّا طلَبَ منه الوَديعةَ فقد عزَلَه عن الحِفظِ، ثُم لمَّا ترَكَ ورجَعَ كانَ ذلك ابتِداءَ إِيداعٍ.

وإنْ كانَ المُودَعُ يُمكنُه أنْ يَأتيَه بالوَديعةِ لكنَّه كذَبَ عليه فإنْ ترَكَها المُودِعُ عن رِضًا وذهَبَ لا يَضمنُ؛ لأنَّه لمَّا ذهَبَ فقد أنشَأَ الوَديعةَ، وإنْ كانَ عن غيرِ رِضًا يَضمنُ.

ولو كانَ الذي طلَبَها وَكيلُ المالِكِ يَضمنُ؛ لأنَّه ليسَ له إِنشاءُ الوَديعةِ بخِلافِ المالِكِ[2].



الردُّ على وَكيلِ المالِك:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو جاءَ وَكيلُ المالِكِ وطلَبَ مِن المُودَعِ ردَّ الوَديعةِ إليه، هل يَلزمُه دَفعُها إليه أم لا؟

(1) «التاج والإكليل» (4/ 276، 277)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 118)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 139)، و«تحبير المختصر» (4/ 360، 361).

(2) «البحر الرائق» (7/ 276)، و«مجمع الضمانات» (1/ 225)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 341)، و«تنقيح الفتاوى الحامدية» (5/ 185، 186).

فذهَبَ أَبو يُوسفَ ومُحمدٌ مِن الحَنفيـةِ والشـافِعيةُ والحَنابِلـةُ إلـىٰ أنَّ وَكيـلَ المالِـكِ إذا طلَـبَ الوَديعـةَ مِـن المُـودَعِ أو أمَـرَه ربُّ الوَديعـةِ أنْ يَـرُدَّ الوَديعةَ علىٰ وَكيلِه وصدَّقَه المُودَعُ وجَبَ دَفعُها إليـه، سَـواءٌ طلَبَهـا الوَكيـلُ أم لَمْ يَطلبْها، فإنْ لَمْ يَفعلْ وتلِفَت ضمِنَها؛ لأنَّه أمسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه.

إلا أنَّـه إنْ أخَّـرَ الـدَّفعَ عـن الوَكيـلِ حتـىٰ يَشـهدَ عليـه لَـمْ يَضمـنْ **عنـدَ الشافِعيةِ**؛ لأنَّه لا يُقبلُ قَولُه في الردِّ علىٰ الوَكيلِ، بل يَجبُ عليه الإشـهادُ في الردِّ علىٰ الوَكيلِ في أَحدِ الوَجهينِ عندَهم، كما رجَّحَه البَغويُّ، والثانِي: لا يَجبُ عليه الإِشهادُ، وهو قَولُ الغزاليِّ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ في المَشهورِ إلىٰ أنَّ الوَكيـلَ إذا قـالَ: إنِّـي وَكيـلٌ بقَبـضِ الوَديعةِ فصدَّقَه المُودَعُ لَمْ يُؤمرْ بالدَّفعِ إليه؛ لأنَّه أقَرَّ له بقَبضِ مالِ الغيرِ، فلا يَصحُّ لمَا فيه مِن إبطالِ حقِّه في العَينِ، بخِلافِ ما إذا ادَّعىٰ أنَّه وَكيـلٌ بقَبـضِ الدَّينِ فصدَّقَه؛ حيثُ يُؤمرُ بالدَّفعِ إليه لأنَّه أقَرَّ بمالِ نَفسِه؛ إذِ الدُّيونُ تُقضَىٰ بأَمثالِها لا بأَعيانِها علىٰ ما بيَّنَّا، ولو هلَكَت الوَديعةُ عندَه بعدَما منَعَ قيـلَ: لا يَضـمنُ، وقيـلَ: يَنبغـي أنْ يَضـمنَ؛ لأنَّ المَنـعَ مِـن وَكيـلِ المُـودِعِ في زَعمِـه بمَنزلةِ المَنعِ مِن المُودِعِ وهو يُوجبُ الضَّمانَ، فكذا هذا، ولو سلَّمَ الوَديعةَ

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 595، 596)، و«مغني المحتاج» (4/ 149)، و«كشـاف القنـاع» (4/ 221، 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 251)، و«البحر الرائق» (7/ 276)، و«مجمع الضمانات» (1/ 225)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 341)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (5/ 185، 186)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 352).

إليه فهلَكَت في يدِه وأنكَرَ المُودِعُ الوَكالةَ يَضمنُ المُودَعُ؛ لأنَّه مُتعدٍّ بالتَّسليمِ إليه، وله أنْ يُحلفَ المُودِعَ أنَّه ما وكَّله، فإذا نكَلَ برِئَت ذِمتُه، وإذا حلَفَ ضمِنَ وليسَ له أنْ يَرجعَ علىٰ الوَكيلِ؛ لأنَّ في زَعمِه أنَّ المُودِعَ ظالِمٌ في تَضمينِه إيَّاه وهو مَظلومٌ، والمَظلومُ ليسَ له أنْ يَظلمَ غيرَه، إلا إذا ضمِنَه وَقتَ الدَّفعِ له علىٰ الصِّفةِ التي ذكَرْنا في الدَّينِ، فحينَئذٍ يَرجعُ عليه، ولو دفَعَ إليه مِن غيرِ تَصديقٍ له علىٰ الوِكالةِ رجَعَ عليه مُطلقًا، ولو كانَت العَينُ باقِيةً أخَذَها في الصُّورِ كلِّها؛ لأنَّه ملَكَها بأداءِ الضَّمانِ، ولو أرادَ أنْ يَستردَّها منه بعدَما دفَعَها إليه لا يَملكُ ذلك؛ لأنَّه ساعٍ في نَقضِ ما تمَّ مِن جِهتِه[1].

وأما المالِكيةُ فقالوا: مَن أودَعَ وَديعةً عندَ شَخصٍ ثُم ادَّعىٰ المُودَعُ أنَّه دفَعَها إلىٰ وَكيلِ ربِّ الوَديعةِ أو رَسولِه وكذَّبه المالِكُ فلا يُقبلُ قَولُ المُودَعِ في ذلك إلا أنْ تَقومَ بَينةٌ أنَّ ربَّ الوَديعةِ أمَرَه بالدَّفعِ إلىٰ الوَكيلِ أو الرَّسولِ، ويَحلفُ ربُّها أنَّه ما أمَرَه بالدَّفعِ، فإنْ نكَلَ حلفَ المودَعُ ولا شَيءَ عليه.



قالَ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَن دفَعَ الوَديعةَ إلىٰ غيرِ اليدِ التي دفَعَتْها إليه فعليه ما علىٰ وَليِّ اليَتيمِ مِن الإشهادِ، فإنْ لمْ يُشهِدْ فلا يُصدقُ في الدَّفعِ إذا أنكَرَ القابِضُ[2].

---

(1) «المبسوط» (11/ 8)، و«الهداية» (3/ 152)، و«العناية» (11/ 223)، و«تبيين الحقائق» (4/ 284)، و«مجمع الضمانات» (1/ 214)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 341).

(2) «مواهب الجليل» (7/ 237)، و«التاج والإكليل» (4/ 273).



وقالَ ابنُ شاسٍ: فأما دَعواه الرَّدَّ علىٰ غيرِ مَن ائتمَنَه كدَعوىٰ الرَّدِّ علىٰ وارثِ المالِكِ أو وَكيلِه، فلا يُقبَلُ إلا ببيِّنةٍ، وكذلك دَعوىٰ وارثِ المُودَعِ علىٰ المالِكِ يَفتقِرُ إلىٰ البيِّنةِ أيضًا، وسَواءٌ كانَ القَبضُ في جَميعِ هذه الصُّورِ الثَّلاثِ ببيِّنةٍ أو بغيرِ بيِّنةٍ[1].

جُحودُ الوَديعةِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُودِعَ إذا طلَبَ الوَديعةَ فجحَدَها المُودَعُ بلا عُذرٍ ثُم أقَرَّ بها أو أقامَ ربُّها البيِّنةَ علىٰ أنَّه أودَعَه فإنَّه ضامِنٌ لها؛ لأنَّه بجَحدِه خرَجَ عن الاستِئمانِ فيها، فلَمْ يَزلْ عنه الضَّمانُ بالإقرارِ بها؛ لأنَّ يدَه صارَت يدَ عُدوانٍ، ولأنَّه مُكذِّبٌ لإنكارِه الأَولِ ومُعترِفٌ علىٰ نَفسِه بالكَذبِ المُنافي للأَمانةِ.

ولأنَّ العَقدَ لمَّا ظهَرَ بالحُجةِ فقد ظهَرَ ارتِفاعُه بالجُحودِ أو عندَه؛ لأنَّ المالِكَ لمَّا طلَبَ منه الوَديعةَ فقد عزَلَه عن الحِفظِ، والمُودَعُ لمَّا جحَدَ الوَديعةَ حالَ حَضرةِ المالِكِ فقد عزَلَ نَفسَه عن الحِفظِ فانفسَخَ العَقدُ، فبقِيَ مالُ الغيرِ في يدِه بغيرِ إذنِه، فيَكونُ مَضمونًا عليه، فإذا هلَكَ تقرَّرَ الضَّمانُ.

(1) «عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة» (2/ 855)، **ويُنْظَر**: «شرح مختصر خليل» (6/ 115)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 133، 134)، و«تحبير المختصر» (4/ 356).

قالَ الوَزيرُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفقُوا علىٰ أنَّه إذا طالَبَه فقالَ: ما أودعْتَني، ثُم قالَ بعدَ ذلك: ضاعَت، فإنَّه ضامِنٌ؛ لأنَّه خرَجَ عن حدِّ الأَمانةِ بذلك[1].

وأما إذا لَمْ يُقِمْ ربُّها بَينةً علىٰ أنَّه أودَعَه ولا أقَرَّ بها فالقَولُ قَولُه معَ يَمينِه: «البَينةُ علىٰ المُدَّعِي، واليَمينُ علىٰ مَن أنكرَ»[2].

(1) «الإفصاح» (2/ 5، 6).

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري (2668)، ومسلم (1711)، وغيرُهم عن ابنِ أبي مُليكةَ قالَ: كتبَ ابنُ عباسٍ إليَّ: أن النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قَضىٰ باليمينِ علىٰ المَّدعَىٰ عليه.

ورواه البيهقي في «الكبرىٰ» (10/ 252)، وغيرُه من طريقِ عبدِ اللهِ بنِ إدريسَ عن ابنِ جريجٍ وعثمانَ بنِ الأسودِ عن ابنِ أبي مُليكةِ قالَ: كنْتُ قاضيًا لابنِ الزُّبيرِ علىٰ الطَّائفِ فذكَرَ قِصةَ المَرأتينِ قالَ: فكتبتَ إلىٰ ابنِ عباسٍ فكتَبَ ابنُ عباسٍ أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قالَ: «**لو يُعطىٰ النَّاسُ بدَعواهم لادَّعىٰ رَجالٌ أَموالَ قَومٍ ودِماءَهم ولكنَّ البَينةَ علىٰ المُدَّعِي واليَمينَ علىٰ مَن أنكرَ**» وذكَرَ الحَديثَ.

قالَ الحافِظُ ابنُ حَجرٍ في «فَتحِ البَاري» (5/ 334): هذه الزِّيادةُ ليسَت في الصَّحيحين وإسنادُها حَسنٌ.

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «شَرحِ مُسلمٍ» (12/ 3): وجاءَ في رِوايةِ البَيهقيِّ وغيرِه بإسنادٍ حَسنٍ أو صَحيحٍ. وذكَرَ الحَديثَ ثُم قالَ: وهذا الحَديثُ قاعِدةٌ كَبيرةٌ مِن قَواعدِ أحكامِ الشَّرعِ، ففيه أنَّه لا يُقبلُ قَولُ الإنسانِ فيما يَدَّعيه بمُجرَّدِ دَعواه، بل يَحتاجُ إلىٰ بَينةٍ أو تَصديقِ المُدعىٰ عليه، فإنْ طلَبَ يَمينَ المُدَّعىٰ عليه فله ذلك، وقد بيَّنَ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ الحِكمةَ في كَونِه لا يُعطىٰ بمُجرَّدِ دَعواه؛ لأنَّه لو كانَ أُعطِي بمُجرَّدها لادَّعىٰ قَومٌ دَماءَ قَومٍ وأَموالَهم واستُبيحَ، ولا يُمكنُ المُدَّعىٰ عليه أنْ يَصونَ مالَه ودمَه، وأما المُدَّعِي فيُمكنُه صِيانُتها بالبَينة.

وصحَحَ الحَديثَ الألبانيُّ في «الإرواءِ» (6/ 357).



والمُدَّعىٰ عليه هو المُتمسِّكُ بالأَصلِ، والأَصلُ أنَّه لَمْ يُودعْه، فكانَ القَولُ قولَه.

فلو أقامَ المُدَّعِي بَينةَ الإيداعِ، أو اعترَفَ بها المُدَّعىٰ عليه، طُولِبَ بها[1].

إلا أنَّ الحَنفيةَ اشترَطُوا سَبعةَ شُروطٍ لتَضمينِه:

الشَّرطُ الأَولُ: أنْ يُنكرَ الوَديعُ أَصلَ الإيداعِ؛ لأنَّ المُودَعَ لو ادَّعىٰ أنَّ المالِكَ وهبَهَا منه أو باعَها له وأنكَرَ صاحبُها ثُم هلَكَت لا ضَمانَ علىٰ المُودَعِ.

الثانِي: أنْ يَقعَ الإنكارُ بحَضرةِ المالِكِ؛ لأنَّ جُحودَها عندَ غيرِه حالَ غَيبتِه لا يُوجبُ الضَّمانَ؛ لأنَّه مَعدودٌ مِن بابِ الحِفظِ والصِّيانةِ عُرفًا وعادةً؛ لأنَّ مَبنىٰ الإيداعِ علىٰ السِّترِ والإخفاءِ، فكانَ الجُحودُ عندَ غيرِ المالِكِ حالَ غَيبتِه حِفظًا مَعنًىٰ، فلا يَكونُ سببًا لوُجوبِ الضَّمانِ.

الثالِثُ: أنْ يَكونَ جُحودُها بعدَ أنْ طلَبَ المالِكُ؛ لأنَّه لو قالَ له: «ما حالُ وَديعتي عندَكَ؟» ليَشكرَه علىٰ حِفظِها فجحَدَها، لا ضَمانَ عليه.

---

(1) «المبسوط» (11/ 117)، و«بدائع الصنائع» (6/ 212)، و«الهندية» (4/ 356)، و«الذخيرة» (9/ 173)، و«التاج والإكليل» (4/ 268، 269)، و«تحبير المختصر» (3/ 523)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 13)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 129)، و«الإشراف» (6/ 341)، و«الحاوي الكبير» (8/ 377)، و«البيان» (6/ 449)، و«النجم الوهاج» (6/ 374)، و«مغني المحتاج» (4/ 151)، و«المغني» (6/ 307)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 250)، و«كشاف القناع» (4/ 220).

الرابعُ: أنْ يَنقلَها الوَديعُ مِن مَكانِها زَمنَ الجُحودِ؛ لأنَّه لو لَمْ يَنقلْها مِن مَكانِها حالَ إنكارِه فهلَكَت لا ضَمانَ عليه.

الخامِسُ: أنْ تَكونَ الوَديعةُ مَنقولًا؛ لأنَّها لو كانَت عَقارًا فإنَّه لا يَضمنُها بالجُحودِ **عندَ أَبي حَنيفةَ وأَبي يُوسفَ** رَحِمَهُمَاٱللَّهُ قِياسًا علىٰ الغَصبِ؛ لعدَمِ تَصوُّرِ غَصبِ العَقارِ عندَهما، **خِلافًا لمُحمَّدِ بنِ الحَسنِ في الأَصحِّ**؛ لأنَّ الغَصبَ يَجري فيه عندَه، فلو جحَدَه كانَ ضامِنًا.

السادِسُ: أنْ يَكونَ هناك ما يَخافُ عليها منه؛ لأنَّه لو جحَدَها في وَجهِ عَدوٍ يَخافُ عليها التَّلفَ إنْ أقرَّ أمامَه ثُم هلكَت فإنَّه لا يَضمنُها؛ لأنَّه إنما أرادَ بذلك حِفظَها لمالِكِها لا تَضييعَها عليه.

السابِعُ: ألَّا يَحضرَها الوَديعُ بعدَ جَحدِها؛ لأنَّه لو جحَدَها ثُم أحضرَها فقالَ له صاحِبُها: «دَعْها وَديعةً عندَك» فهلَكَت فإنْ أمكَنَ صاحِبَها أَخذُها فلمْ يَأخذْها فلا ضَمانَ علىٰ الوَديعِ؛ لأنَّه إيداعٌ جَديدٌ، وإنْ لَمْ يُمكنْه أَخذُها ضمِنَ؛ لأنَّه لَمْ يَتمَّ الردُّ إلىٰ المالِكِ بإحضارِها عند عَدمِ تَمكُّنِه مِن أَخذِها، فلا يَصحُّ الإيداعُ الجَديدُ؛ لأنَّ الإيداعَ إنما يَكونُ لعَينِ مالِه، وهو إنما يَستحقُّ علىٰ المُودَعِ ضَمانَها فهو كالدَّينِ في ذمتِه، والمَضمونُ لا يَصيرُ أَمانةً إلا بعدَ الخُروجِ عن عُهدةِ ضَمانِه، وذلك بالتَّسليمِ التامِّ الذي يُمكنُ المالِكُ معَه القَبضَ والتَّسليمَ[1].

(1) «البحر الرائق» (7/ 277، 278)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 358، 359)، و«مجمع الضمانات» (1/ 230)، و«مجمع الأنهر» (3/ 371)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 352).



وقالَ الشافِعيةُ: إنما يَضمنُ بالجُحودِ إذا لَمْ يَكنْ هناك عُذرٌ، أما إنْ كانَ هناكَ عُذرٌ كأنْ طالَبَ المالِكَ بها ظالِمٌ فطالَبَ المالِكُ الوَديعَ بها فجحَدَها دَفعًا للظالِمِ فإنَّه لا يَضمنُ؛ لأنَّ إخفاءَها أَبلغُ في حِفظِها، وكذا لو جحَدَها بلا طَلبٍ مِن مالِكِها ولو بحَضرتِه؛ لأنَّ إخفاءَها أَبلغُ في حِفظِها[1].

إذا قالَ بعدَ الجُحودِ: «ضاعَت أو تلِفَت»:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو جحَدَ المُودَعُ الوَديعةَ ثُم أقَرَّ بعدَ ذلك أو أَتى ربُّ الوَديعةِ ببَينةٍ تُثبتُ الإِيداعَ، ثُم قالَ بعدَ ذلك: «إنَّها ضاعَت أو تلِفَت» قبلَ الجُحودِ وأَتى ببَينةٍ، هل يُقبلُ قولُه أم لا؟ فهذا لا يَخلو مِن ثَلاثِ صُورٍ:

الصُّورةُ الأُولى: أنْ تَشهدَ البَينةُ أنَّها تلِفَت أو ضاعَت قبلَ الجُحودِ:

ذهَبَ المالِكيةُ في قَولٍ والشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلى أنَّ المُودَعَ إذا جحَدَ الوَديعةَ مَثلًا يومَ الخَميسِ ثُم أقَرَّ يومَ الجُمعةِ مَثلًا أنَّه أودَعَه، ثُم قالَ إنَّها تلِفَت أو ضاعَت بغيرِ تَفريطٍ منه يومَ الأَربعاءِ، وأقامَ بذلك بَينةً قُبلَت بَينتُه؛ لأنَّ المُودَعَ لو اعترَفَ بذلك سقَطَ حقُّه فتُسمعُ البيِّنةُ به، ولأنَّه يَقولُ أَردْتُ ألَّا أتكلَّفَ بَينةً.

---

(1) «المهذب» (1/ 369)، و«روضة الطالبين» (4/ 593، 594)، و«مغني المحتاج» (4/ 151).

وذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ والشافِعيةِ في وَجهٍ والحَنابِلةِ في وَجهٍ إلىٰ أنَّه إذا أقَرَّ بعدَ الجُحودِ ثُم ادَّعىٰ التَّلفَ قبلَ الجُحودِ وأتىٰ ببَينةٍ لا تُسمعُ بَينتُه؛ لأنَّه مُكذِّبٌ لها بإنكارِه الإيداعَ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: ولو قالَ حينَ طُولِبَ بالوَديعةِ: ليسَ لك مَعي وَديعةٌ، أو قالَ لا حقَّ لك في يَدي، ثُم أقَرَّ بها وادَّعىٰ تَلفَها قَبلَ منه؛ لأنَّه ليسَ في القَولينِ تَكاذبٌ، ومَن تلِفَت الوَديعةُ منه فلا وَديعةَ معَه ولا في يدِه، وخالَفَ حالَ المُنكِرِ لها لمَا فيه مِن تَكاذبِ القَولينِ[2].

الصُّورةُ الثَّانيةُ: أنْ تَشهدَ البَينةُ أنَّها تلِفَت بعدَ الجُحودِ:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ البَينةَ إذا شهِدَت أنَّ الوَديعةَ تلِفَت بعدَ جُحودِه للوَديعةِ أنَّه ضامِنٌ ولا تُسمعُ، والغُرمُ واجِبٌ عليه؛ لأنَّها تلِفَت بعدَ الضَّمانِ[3].

---

(1) «المبسوط» (11/ 117)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 356)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 158)، و«التاج والإكليل» (4/ 268، 269)، و«تحبير المختصر» (3/ 523)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 13)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 129)، و«الحاوي الكبير» (8/ 377)، و«البيان» (6/ 449)، و«المغني» (6/ 307)، و«كشاف القناع» (4/ 220)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 250).

(2) «الحاوي الكبير» (8/ 377).

(3) «المبسوط» (11/ 117)، و«بدائع الصنائع» (6/ 212)، و«الهندية» (4/ 356)، و«الذخيرة» (9/ 173)، و«التاج والإكليل» (4/ 268، 269)، و«تحبير المختصر» (3/ 523)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 13)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» =

الصُّورةُ الثالِثةُ: أنْ تَشهدَ البَينةُ أنَّها تلِفَت لكنْ لا تَعلمُ، أقبلَ الجُحودِ أم بعدَه؟

قالَ الحَنابِلةُ: إنْ شهِدَت البَينةُ بعدَ جُحودِ الإيداعِ أنَّها تلِفَت أو ضاعَت أو أنَّه ردَّها لكنَّها لَمْ تَدرِ هل كانَ هذا قبلَ جُحودِ الإيداعِ أو بعدَه واحتَملَ الأمرَينِ لَمْ يَسقطِ الضَّمانُ؛ لأنَّ الأَصلَ وُجوبُه فلا يَنتفي بأمرٍ مُتردِّدٍ[1].

وهو أَيضًا مَذهبُ المالِكيةِ في المَشهورِ فإنَّهم يَنصونَّ علىٰ أنَّه إذا أنكَرَ أَصلُ الوَديعةِ بأنْ قالَ ما أودعَتْني شَيئًا ثُم أقامَ ربُّها بَينةً تَشهدُ له أنَّه أودعَه أو أقَرَّ بها فإنَّه يَكونُ ضامِنًا لها، حتىٰ لو أقامَ المُودَعُ بَينةً تَشهدُ له برَدِّها للمُودِعِ أو بتَلفِها لَمْ يَبرأْ، ويَتوجَّه عليه الضَّمانُ بجَحدِها[2].

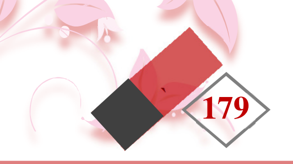


=

(5/ 129)، و«الإشراف» (6/ 341)، و«الحاوي الكبير» (8/ 377)، و«البيان» (6/ 449)، و«النجم الوهاج» (6/ 374)، و«مغني المحتاج» (4/ 151)، و«المغني» (6/ 307)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 250)، و«كشاف القناع» (4/ 220).

(1) «المغني» (6/ 307)، و«كشاف القناع» (4/ 220)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 250).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 268، 269)، و«تحبير المختصر» (3/ 523)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 13)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 129).



فَصْلٌ فِي
مَوتِ المُودِعِ مُجهلًا

تَجهيلُ الوَديعةِ:

الإِنسانُ إذا كانَ عندَه وَديعةٌ وماتَ فهذا لا يَخلو مِن صُورٍ:

الصُّورةُ الأُولى: أنْ يَموتَ وقد بيَّنَ الوَديعةَ وذكَرَ أنَّها لفُلانٍ:

اتَّفقَ العُلماءُ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا ماتَ وكانَ عندَه وَديعةٌ وقد بيَّنَ لوَرثتِه قبلَ مَوتِه أنَّ هذه وَديعةُ فُلانٍ أو أَوصىٰ بها وكانَت الوَديعةُ قائِمةً بعَينِها بعدَ مَوتِه، فتكونُ في يدِ وَرثتِه أَمانةً ويَجبُ علىٰ وَرثتِه أنْ يَردُّوها علىٰ مالِكِها؛ لأنَّها عَينُ مالِه، ومَن وجَدَ عَينَ مالِه فهو أَحقُّ به، فإنْ لَمْ يَعلمْ ربُّ الوَديعةِ بمَوتِ المُودَعِ وجَبَ علىٰ وَرثتِه إِعلامُه بها، وليسَ لهم إِمساكُها قبلَ أنْ يَعلمَ ربُّها بها؛ لأنَّه لَمْ يَأتمنْهم عليها، وإنما حصَلَ مالُ غيرِهم في أَيديهم بمَنزلةِ مَن أطارَت الرِّيحُ إلىٰ دارِه ثَوبًا وعلِمَ به، فعليه إِعلامُ صاحِبِه به، فإنْ أخَّرَ ذلك معَ الإِمكانِ ضمِنَ، كذا هاهنا.

وإذا تعَدَّىٰ الوَرثةُ فيها أو لَمْ يَردُّوها علىٰ مالِكِها إذا طلَبَها صارَت مَضمونةً عليهم، وهذا إذا تمكَّنَ مِن ردِّها ولَمْ يَفعلْ، وإنْ لَمْ يَتمكنْ مِن ردِّها فلا ضَمانَ عليه.



وإذا بيَّنَه لوَرثتِه أو أَوصىٰ بها وماتَ فتلِفَت فلا ضَمانَ عليه، ولا تُؤخذُ مِن تَركتِه، **وكذا عندَ المالِكيةِ** لو قالَ: هي بمَوضعِ كذا ولمْ تُوجدْ فلا يَضمنُها، وتُحملُ علىٰ أنَّها ضاعَت وهو مُصدَّقٌ[1].

الصُّورةُ الثَّانيةُ: أنْ يَموتَ مُجهِلًا للوَديعةِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُودَعَ إذا ماتَ مُجهِلًا الوَديعةَ -ومَعنىٰ تَجهيلِ الوَديعةِ: ألَّا يُبينَ حالَ الأَمانةِ التي عندَه، وهو يَعلمُ أنَّ وَارثَه لا يَعلمُ حالَها ولمْ يُشهدْ عليها- فإنَّه يَضمنُها بالتَّجهيلِ؛ لأنَّه بالتَّجهيلِ قد منَعَ الوَديعةَ عن ربِّها ظُلمًا، فصارَت دَينًا في تَركتِه.

فإذا عُرفَت بعَينِها وجَبَ ردُّها علىٰ مالِكِها، وربُّها أَحقُّ بها مِن الغُرماءِ؛ لأنَّ حقَّ الغُرماءِ بعدَ مَوتِ المَدينِ يَتعلقُ بمالِه دونَ مالِ سائرِ الناسِ، وكما كانُوا أَحقَّ بها في حَياةِ المَديونِ فكذلك بعدَ مَوتِه.

وإنْ لمْ تُعرفْ بعَينِها وكانَ علىٰ المَيتِ دَينٌ وله غُرماءُ قُسمَ المالُ بينهم

---

(1) «المبسوط» (11/ 129)، و«بدائع الصنائع» (6/ 213، 214)، و«الأشباه والنظائر» (273)، و«مجمع الضمانات» (1/ 232)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 433)، و«درر الحكام» (7/ 149، 150)، و«معين الحكام» ص(158)، و«التاج والإكليل» (4/ 269)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 113، 114)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 130، 131)، و«تحبير المختصر» (4/ 353، 354)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 169، 170)، و«روضة الطالبين» (4/ 602)، و«المغني» (6/ 306، 307)، و«شرح الزركشي» (2/ 229)، و«الإنصاف» (6/ 343)، و«شرح منتهىٰ الإرادت» (4/ 256)، و«كشاف القناع» (4/ 220، 221).

علىٰ قدرَ حِصصِهم؛ لأنَّه بالتَّجهيلِ يَصيرُ مُسلِّطًا غُرماءَه وورَثتَه علىٰ أَخذِها، والمُودَعُ بمِثلِ هذا التَّسليطِ يَصيرُ ضامِنًا، كما لو دلَّ سارِقًا علىٰ سَرقتِها، ولأنَّه التَزمَ أداءَ الأَمانةِ، ومِن أَداءِ الأَمانةِ بَيانُها عندَ مَوتِه وردُّها علىٰ المالِكِ إذا طلَبَ، فكما يَضمنُ بتَركِ الردِّ بعدَ الطَّلبِ يَضمنُ أيضًا بتَركِ البَيانِ عندَ المَوتِ.

ولو قالَت الوَرثةُ إنَّها هلَكَت أو رُدَّت علىٰ المالِكِ لا يُصدَّقُونَ علىٰ ذلك إلا ببَينةٍ؛ لأنَّ المَوتَ مُجهِلًا سَببٌ لوُجوبِ الضَّمانِ؛ لكَونِه إتلافًا، فكانَت دَعوىٰ الهَلاكِ والردِّ دَعوىٰ أَمرٍ عارِضٍ فلا يُقبلُ إلا بحُجةٍ.

وهذا إذا أقَرَّ المُودَعُ أنَّ عندَه وَديعةً أو أنَّ لفُلانٍ وَديعةً أو ثبَتَت ببَينةٍ أنَّه ماتَ وعندَه وَديعةٌ[1].

إلا أنَّ المالِكيةَ قالُوا: إذا ماتَ مُجهِلًا ومَضىٰ عَشرةُ أَعوامٍ مِن يَومِ الإِيداعِ فلا تُؤخذُ مِن تَركتِه إذا لمْ تُوجدْ ولمْ يُوصِ بها، ويُحملُ علىٰ أنَّه ردَّها لربِّها إنْ لمْ تكنْ أُودِعت ببَينةٍ تُوثِّقُ -أي بَينةٍ مَقصودةٍ للتَّوثيقِ-، فإنْ أُودِعَت ببَينةٍ مَقصودةٍ للتَّوثقِ أُخذَت مِن تَركتِه مُطلقًا، ولو زادَ الزَّمنُ علىٰ العَشرةِ سِنينَ[2].

(1) «حاشية الدسوقي» (5/ 130، 131)، والمصادر الآتي ذكرها.
(2) «التاج والإكليل» (4/ 269)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 113، 114)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 130، 131)، و«تحبير المختصر» (4/ 353، 354)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 169، 170)، **ويُنظَر**: «المبسوط» =

وقالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بابٌ: المُودَعُ يَموتُ وعندَه وَديعةٌ للرَّجلِ تُعرفُ بعَينِها أو لا تُعرفَ:

قالَ أَبو بَكرٍ: أجمَعَ أَهلُ العِلمِ علىٰ أنَّ الوَديعةَ إذا عُرفَت بعَينِها لرَجلٍ أنَّ صاحِبَها أَحقُّ بها، وأنَّ تَسليمَها إليه يَجبُ.

واختلَفُوا في الرَّجلِ يَموتُ وعندَه وَديعةٌ مَعلومةُ الصِّفةِ، غيرَ أنَّها لا تُوجدُ بعَينِها، وعليه دَينٌ.

فقالَت طائِفةٌ: هي والدَّينُ سَواءٌ، هذا قَولُ الشَّعبيِّ، والنَّخعيِّ، وداودَ ابنِ أَبي هِندٍ، ورُويَ ذلك عن شُريحٍ، ومَسروقٍ، وعَطاءٍ، وطَاووسَ، والزُّهريِّ، وأَبي جَعفرَ، وبه قالَ مالِكٌ، وإِسحاقُ، والشافِعيُّ، والنُّعمانُ وأَصحابُه.

ورَوَيْنا عن النَّخعيِّ أنَّه قالَ: الأَمانةُ قبلَ الدَّينِ.

وقالَ الحارِثُ العُكليِّ: يَبدأُ بالدَّينِ.

وقالَ ابنُ أَبي لَيلىٰ: إذا لَمْ تُوجدِ الوَديعةُ بعَينِها فليسَ بشَيءٍ[1].

=

(11/ 129)، و«بدائع الصنائع» (6/ 213، 214)، و«الأشباه والنظائر» (273)، و«مجمع الضمانات» (1/ 232)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 433)، و«درر الحكام» (7/ 149، 150)، و«معين الحكام» ص(158)، و«المغني» (6/ 306، 307)، و«شرح الزركشي» (2/ 229)، و«الإنصاف» (6/ 343)، و«شرح منتهىٰ الإرادت» (4/ 256)، و«كشاف القناع» (4/ 220، 221).

(1) «الإشراف» (6/ 335، 336).

الصُّورةُ الثالِثةُ: أنْ تَكونَ عندَه وَديعةٌ في حَياتِه ولمْ تُوجدْ بعَينِها ولمْ يُعلمْ هل هي باقِيةٌ عندَه أم تلِفَت؟

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فأما إنْ كانَت عندَه وَديعةٌ في حَياتِه ولمْ تُوجدْ بعَينِها ولمْ يُعلمْ هل هي باقِيةٌ عندَه أو تلِفَت ففيه وَجهانِ:

أحدُهما: وُجوبُ ضَمانِها؛ لأنَّ الوَديعةَ يَجبُ ردُّها، إلا أنْ يَثبتَ سُقوطُ الردِّ بالتَّلفِ مِن غيرِ تَعدٍّ ولمْ يَثبتْ ذلك، ولأنَّ الجَهلَ بعَينِها كالجَهلِ بها، وذلك لا يَسقطُ الردَّ.

والثاني: لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ الوَديعةَ أمانةٌ والأَصلُ عَدمُ إتلافِها والتَّعدِّي فيها، فلمْ يَجبْ ضَمانُها، وهذا قَولُ ابن أَبي لَيلىٰ وأَحدُ الوَجهينِ لأَصحابِ الشافِعيِّ وظَاهرُ المَذهبِ الأَولِ؛ لأنَّ الأَصلَ وُجوبُ الردِّ فيَبقىٰ عليه ما لَمْ يُوجدْ ما يُزيلُه[1].



الصُّورةُ الرابِعةُ: أنْ تُوجدَ وَثيقةٌ بخَطِّ يدِه أنَّ الوَديعةَ لفُلانٍ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو وجَدَ لرَجلٍ في دَفترِ حِسابِه أو وَثيقةً مَكتوبٌ فيها بخَطِّه أنَّ لفُلانٍ عندي وَديعةً أو دَينًا، هل يَجبُ دَفعُ ذلك إليه أم لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه يَلزمُه ردُّها علىٰ مالِكِها، ويَجبُ العَملُ بخَطِّه.

(1) «المغني» (6/ 306، 307)، و«شرح الزركشي» (2/ 229)، و«الإنصاف» (6/ 343).

قالَ المالِكيةُ: مَن ماتَ وعندَه وَديعةٌ مَكتوبٌ عليها هذه وَديعةُ فُلانِ بنِ فُلانٍ، فإنَّ صاحِبَها يَأخذُها بشَرطِ أنْ يُثبتَ بالبَينةِ أنَّ الكِتابةَ بخَطِّ صاحِبِ الوَديعةِ أو بخَطِّ المَيتِ.

ولو وُجدَت أَنقصَ مما كتَبَ عليها كانَ النَّقصُ في مالِ المَيتِ إنْ عُلمَ أنَّه يَتصرَّفُ في الوَديعةِ، وإلا لمْ يَضمنْ.

ومِثلُ الكِتابَةِ البيِّنةُ بل هي أَولىٰ، لا بأَمارةٍ لاحتِمالِ أنَّه رَآها سابِقًا ومِثلُ الوَديعةِ الدَّينُ علىٰ هذا التَّفصيلِ المَذكورِ.

قالَ أَبو الوَليدِ ابنِ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ أَبو زَيدٍ: سُئلَ ابنُ القاسِمِ عن رَجلٍ هلَكَ وترَكَ وَدائعَ ولمْ يُوصِ فتُوجدُ صُررٌ فيها مَكتوبٌ: وَديعةُ فُلانِ ابنِ فلانٍ، وفيها كذا وكذا دِينارًا، أَتراها لفُلانٍ الرَّجلِ الذي اسمُه علىٰ الصُّرةِ إذا لمْ تَكنْ بَينةٌ علىٰ أنَّه استودَعَها إيَّاه إلا بقَولٍ وقد وجَدُوها عندَ الهالِكِ كما ادَّعىٰ؟

قالَ: ليسَ له فيها شَيءٌ، لعلَّه دفَعَ إلىٰ أَهلِ البَيتِ دَراهمَ حتىٰ كتَبُوا له فوقَ هذه الصُّررِ ما يُريدُ.

قالَ مُحمدُ بنُ رُشدٍ: هذا ما لا اختِلافَ فيه أنَّه لا يُقضىٰ بالصُّرةِ لمَن وجَدَ عليها اسمَه إذا لمْ يَكنْ بخَطِّ يدِه ولا بخَطِّ يدِ المُودَعِ[1].

---

(1) «البيان والتحصيل» (15/ 312)، و«التاج والإكليل» (4/ 269)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 113، 114)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 130، 131)، و«تحبير المختصر» (4/ 353، 354)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 169، 170).

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: إنْ وُجدَ عليها مَكتوبٌ وَديعةٌ فإنَّه يُعملُ به وُجوبًا، فإنْ وجَدَ وارثٌ خطَّ مُورِّثه: لفُلانٍ عندِي وَديعةٌ، أو وجَدَ علىٰ الكِيسِ ونحوِه مَكتوبٌ: هذا لفُلانٍ، عمِلَ الوارثُ به وُجوبًا، كما يَعملُ بإقرارِه باللَّفظِ.

وإنْ وجَدَ وارثٌ خَطَّ مُورِّثه بدَينٍ له علىٰ فُلانٍ جازَ للوارثِ الحلِفُ إذا أقامَ به شاهِدًا مَثلًا، وكانْ يَعلمُ أنَّ مُورِّثَه لا يَكتبُ إلا حَقًّا وأنَّه صادِقٌ أَمينٌ، ودفَعَ الدَّينَ إليه، فيَجوزُ الحَلفُ علىٰ ما لا تَجوزُ الشَّهادةُ به؛ إذ لا يَشهدُ علىٰ شَهادةِ أَبيه أو غيرِها إذا رآها بخَطِّه.

وإنْ وجَدَ وارثٌ خَطَّ مُورِّثه بدَينٍ عليه لمُعيَّنٍ عمِلَ الوارثُ به وُجوبًا، ودفَعَ الدَّينَ إلىٰ مَن هو مَكتوبٌ باسمِه كالوَديعةِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ اختارَه القاضِي وابنُ عَقيلٍ وابنُ قُدامةَ إلىٰ أنَّه لا يَجبُ العَملُ به.

قالَ الحَنابِلةُ في هذا الوَجهِ: إنْ وُجدَ عليها مَكتوبٌ وَديعةٌ لَم يَكنْ حُجةً عليهم؛ لأنَّه يُحتملُ أنَّ الوَعاءَ كانَت فيه وَديعةٌ قبلَ هذه أو كانَ وَديعةً للمَيتِ عندَ غيرِه ونحوُ ذلك، وكذلك إذا وجَدَ في دَفترِه أنَّ لفُلانٍ عندِي وَديعةً لَم يَلزمْه بذلك؛ لجَوازِ أنْ يَكونَ قد ردَّها ونسِيَ الضَّربَ علىٰ ما كتَبَ أو غيرَ

(1) «الإنصاف» (6/ 345)، و«كشاف القناع» (4/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 252)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 171).



ذلك، وهذا القَولُ اختارَه القاضِي وابنُ عَقيلٍ وابنُ قُدامةَ وغيرُهم[1].

وقالَ الشافِعيةُ: إذا ماتَ المُودَعُ ولمْ يَذكرْ وَديعةً أَصلًا فوُجدَ في تَركتِه كيسٌ مَختومٌ وعليه هذه وَديعةُ فُلانٍ، أو وُجدَ في جَريدتِه لفُلانٍ عندِي وَديعةُ كذا لمْ يَلزمِ الوَرثةُ التَّسليمَ بهذا؛ لاحتِمالِ أنَّه كتبَه غيرُه أو كتبَه هو ناسيًا أو اشترَىٰ الكِيسَ بتلك الكِتابةِ، أو ردَّ الوَديعةَ بعدَ الكِتابةِ في الجَريدةِ ولمْ يَمحُها، وإنما يَلزمُ الوارثُ التَّسليمَ بالإِقرارِ، ولو ماتَ ولمْ يَذكرْ وَصيةً أَصلًا فادَّعىٰ صاحِبُ الوَديعةِ أنَّه قصَّرَ وقالَت الوَرثةُ لعلَّها تلِفَت قبلَ نِسبتِه إلىٰ التَّقصيرِ، قالَ إِمامُ الحَرمينِ: فالظَّاهرُ بَراءةُ ذِمتِه[2].

وقالَ الوَزيرُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا فيما إذا وُجدَ لرَجلٍ بعدَ مَوتِه في دفتَرِ حِسابِه بخَطِّه لفُلانِ ابنِ فلانٍ عندي وَديعةٌ أو علىٰ كذا وكذا.

فقالَ أَبو حَنيفةَ وأَصحابُ الشافِعيِّ: لا يَجبُ الدَّفعُ إلىٰ مَن هو مَكتوبٌ باسمِه ما لمْ يَكنْ مِن المَيتِ إِقرارٌ بذلك.

وقالَ أَحمدُ ومالِكٌ: يَجبُ دَفعُ ذلك كما لو أقَرَّ به في حَياتِه، ومِن أَصحابِ أَبي حَنيفةَ المُتأخِّرينَ مَن قالَ: يَجبُ دَفعُ ذلك كما لو أقَرَّ به، والقائِلُ هو صاعِدُ بنُ أَحمدَ[3].

---

(1) «المغني» (6/ 307)، و«الإنصاف» (6/ 345)، و«كشاف القناع» (4/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 252)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 171).

(2) «كفاية الأخيار» ص(323).

(3) «الإفصاح» (2/ 11).

إذا كانَ عندَه وَديعةٌ ولمْ يَعلمْ صاحِبَها:

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنْ كانَ مَن أخذَها منه قد ماتَ ردَّه علىٰ وَرثتِه.

فإنْ لَمْ يَصلْ إليه ولا إلىٰ وَرثتِه، صبرَ حتىٰ يَيأسَ مِن وُصولِه إليه، فإذا يئِسَ مِن ذلك تصدَّقَ بها، علىٰ ما روَيْناه عن ابنِ مَسعودٍ وابنِ عَباسٍ ومُعاويةَ بنِ أَبي سُفيانَ، وهذا مَذهبُ الحَسنِ البَصريِّ والزُّهريِّ، وبه قالَ مالِكٌ في اللُّقطةِ إذا يَئسَ مِن صاحِبِها.

وفي هذه المَسألةِ قَولانِ آخَرانِ:

أَحدُهما: أنْ يدفَعَ إلىٰ بَيتِ المالِ، روَيْنا هذا القَولَ عن عَطاءٍ.

والقَولُ الثانِي: أنْ يُمسكَها أَبدًا حتىٰ يَعلمَ: أحيٌّ هو، أم مَيتٌ.

وهذا يُشبهُ مَذهبَ الشافِعيِّ في إِيقافِ المالِ في مِثلِ هذا، حتىٰ يَتبينَ أَمرُ صاحِبِه[1].

وقالَ الخَطيبُ الشِّربينيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فائِدةٌ: سُئلَ الشَّيخُ عزُّ الدِّينِ عن رَجلٍ تحتَ يدِه وَديعةٌ مضَت عليها مُدةٌ طَويلةٌ ولمْ يَعرفْ صاحِبَها، وأيسَ مِن مَعرفتِه بعدَ البَحثِ التامِّ، فقالَ: يَصرفُها في أَهمِّ مَصالحِ المُسلِمينَ، ويُقدِّمُ أَهلَ الضَّرورةِ ومَسيسَ الحاجَةِ ولا يَبني بها مَسجدًا ولا يَصرِفُها إلا

(1) «الإشراف» (6/ 338).

فيما يَجبُ علىٰ الإِمامِ العادِلِ صَرفُها فيه، وإنْ جهِلَه فليَسألْ أَورعَ العُلماءِ بالمَصالحِ الواجِبةِ التَّقديمِ[1].

وقالَ الحَنفيةُ: غَريبٌ ماتَ في دارِ رَجلٍ وليسَ له وارِثٌ مَعروفٌ وخلَفَ شَيئًا يَسيرًا يُساوي خَمسةَ دَراهمَ ونحوَها، وصاحِبُ الدارِ فَقيرٌ، فله أنْ يَأخذَها لنَفسِه؛ لأنَّه في مَعنىٰ اللُّقطةِ[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: الوَدائعُ التي جُهلَ مُلاكُها يَجوزُ للمُستودَعِ أنْ يَتصدقَ بها بدونِ إِذنِ حاكِمٍ وأنْ يَدفعَها إلىٰ الحاكِمِ، وكذلك إنْ فُقدَ مالِكُها ولم يَطلعْ علىٰ خَبرِه وليسَ له وَرثةٌ، فيَجوزُ للمُستودَعِ أنْ يَتصدَّقَ بالوَديعةِ بنِيةِ غُرمِها إذا عرَفَه أو عرَفَ وارِثَه[3].

وجاءَ في «مُختصَرِ الفَتاوى المِصريَّةِ» لابنِ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ العُلماءُ: إن ما يُجهلُ مالِكُه مِن الأَموالِ التي قُبضَت بغيرِ حَقٍّ كالمُكوسِ، أو قُبضَت بحَقٍّ كالوَديعةِ والعارِيةِ، وجُهلَ صاحِبُها بحيثُ تعذَّرَ ردُّها إليه، فإنَّها تُصرفُ في مَصالحِ المُسلمينَ، وتَكونُ حَلالًا لمَن أخَذَها بحَقٍّ كأَهلِ الحاجَةِ والاستِعانةِ بها علىٰ مَصالحِ المُسلمينَ، دونَ مَن أخَذَها بباطلٍ كمَن يَأخذُ فوقَ حَقِّه[4].

---

(1) «مغني المحتاج» (4/ 151).

(2) «الجوهرة النيرة» (4/ 164)، و«البحر الرائق» (5/ 171).

(3) «الإنصاف» (6/ 328)، و«كشاف القناع» (4/ 213).

(4) «مختصر الفتاوىٰ المصرية» ص(278).


كِتَابُ اللُّقَطَةِ





كِتَابُ اللُّقَطَةِ

تَعريفُ اللُّقطَةِ:



اللُّقطَةُ في اللُّغةِ: اللُّقْطةُ واللُّقَطةُ واللُّقاطةُ: ما التُقطَ، و اللَّقَطُ بالتَّحريكِ: ما التُقطَ من الشَّيءِ، وكلُّ نُثارةٍ من سُنْبلٍ أَو ثَمرٍ لَقطٌ والواحِدةُ لَقَطةٌ.

قالَ الخَليلُ بنُ أحمدَ: اللُّقطةُ -بفَتحِ القافِ- اسمٌ للمُلتقِطِ؛ لأنَّ ما جَاءَ علىٰ فعلِه فهو اسمٌ للفاعِلِ، كقَولِهم هُمزَةٌ ولُمزَةٌ، وضُحَكةٌ وهُزأَةٌ، واللُّقْطةُ -بسُكونِ القافِ- المالُ المَلقوطُ، مثلَ الضُّحْكةِ الذي يَضحكُ مِنه، والهُزأَةُ الذي يَهزأُ به.

وقالَ الأَصمَعيُّ وابنُ الأَعرابِيِّ والفَراءُ: هي بفَتحِ القافِ اسمٌ للمالِ المَلقوطِ أيضًا[1].

---

(1) «لسان العرب» (7/ 393)، و«تاج العروس» (20/ 76)، و«البيان» (7/ 513)، و«المغني» (6/ 3).



وإنما قِيلَ لِلمالِ لقَطةٌ -بالفَتحِ- لأنَّ طِباعَ النُّفوسِ تَتبادَرُ إلىٰ التِقاطِه لأنَّه مالٌ، فصارَ المالُ باعتِبارِ أنَّه داعٍ إلىٰ أخذِه لمَعنىٰ فيه نَفسِه كأنَّه الكَثيرُ الالتِقاطِ مَجازًا، وإلَّا فحَقيقتُهُ المُلتقِطُ الكَثيرُ الالتِقاطِ[1].

اللُّقطةُ اصطِلاحًا:

تعدَّدتْ عِباراتُ الفُقهاءِ في تَعريفِ اللُّقطةِ، وإنْ كانَ مَجموعُها يَدورُ حولَ المالِ الضَّائعِ من ربِّه يَلتقطُه غيرُه.

قالَ الحَنفيةُ: مَالٌ مَعصومٌ مُعرَّضٌ للضَّياعِ[2].

أو: ما يوجَدُ مَطروحًا علىٰ الأرضِ -ما سِوىٰ الحَيوانِ- مِن الأَموالِ لا حافِظَ له[3].

أو: مالٌ يوجَدُ ولا يُعرَفُ مالِكُه، وليسَ بمُباحٍ كمالِ الحَربيِّ[4].

أو: رَفعُ شيءٍ ضَائعٍ للحفظِ علىٰ الغيرِ لا للتَّملُّكِ[5].

وقالَ المالِكيةُ: اللُّقطةُ مالٌ معصومٌ عُرِّضَ للضَّياعِ وإنْ كَلبًا مَأذونًا فيه وفَرسًا وحِمارًا.

خرَجَ بالمَعصومِ غيرُه كمالِ الحَربيِّ والرِّكازِ، ويُعرَّضُ للضَّياعِ الإبلُ وما

---

(1) «البحر الرائق» (5/ 161).

(2) «البحر الرائق» (5/ 161).

(3) «تحفة الفقهاء» (3/ 351)، و«الاختيار» (3/ 37).

(4) «الدر المختار» (4/ 276).

(5) «الدر المختار» (4/ 276).

بيَدِ حافظٍ، والمَالُ المَعصومُ هو الذي لا يَجوزُ لِواجدِه التَّصرفُ فيه لنَفسِه[1].

وقالَ ابنُ عَرفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللُّقطةُ هي مَالٌ وُجدَ بغيرِ حِرزٍ مُحترَمًا ليسَ حَيوانًا ناطِقًا ولا نَعمًا.

فَيخرجُ الرِّكازُ وما في دارِ الحَربِ، وتَدخلُ الدَّجاجةُ وحَمامُ الدُّورِ ونحوُ ذلك، إلا السَّمكةَ تَقعُ في سَفينةٍ هي لِمن وَقعتْ إليه[2].

وقالَ الشافِعيةُ: اللُّقطةُ ما وُجدَ في مَوضعِ غيرِ مَملوكٍ من مالٍ أو مُختصٍّ ضَائعٍ من مالكِه بسُقوطٍ أو غَفلةٍ ونحوِها لغيرِ حَربيٍّ ليسَ بمُحرَزٍ ولا مُمتنِعٍ بقوَّتِه ولا يَعرفُ الواجِدُ مالكَه.

فخرَجَ بغيرِ المَملوكِ ما وُجدَ في أرضٍ مَملوكةٍ، فإنَّه لِمالكِ الأَرضِ إنِ ادَّعاه، وإلا فلمَن مَلكَ منه، وهكَذا حتَّىٰ تَنتهيَ إلىٰ المُحيِي، فإنْ لَم يدَّعِه فحينَئذٍ يَكونُ لُقطةً.

وبـ«سُقوطٍ أو غَفلةٍ» ما إذا ألقتْ الرِّيحُ ثَوبًا في حِجرِه مثلًا، أو ألقَىٰ في حِجرِه هاربٌ كيسًا ولم يَعرفْه، فهو مَالٌ ضَائعٌ يَحفظُه ولا يَتملَّكُه.

وبـ«غيرِ حَربيٍّ» ما وُجدَ بدارِ الحَربِ وليسَ بها مُسلِمٌ، فهو غَنيمةٌ يُخمَّسُ وليسَ لُقطةً[3].

(1) «التاج والإكليل» (5/ 32)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 121)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 523)، و«تحبير المختصر» (5/ 31).

(2) «المختصر الفقهي» (13/ 180، 181).

(3) «مغني المحتاج» (3/ 503)، و«تحفة المحتاج» (7/ 601)، و«نهاية المحتاج» (5/ 487)، و«حاشية عميرة» (3/ 282).

والالتِقاطُ: هو أنْ يُعثَرُ علىٰ الشيءِ مِن غيرِ قَصدٍ وطَلبٍ، ليُعرِّفَه من يَأخذُه ثُم يَتملَّكُه إن لَم يَظهرُ مالِكُه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: اللُّقطةُ اسمٌ لِما يُلتقَطُ مِن مالٍ ضائعٍ أو مُختصٍّ ضائعٍ كالسَّاقطِ مِن ربِّه بغيرِ عِلمِه وما في مَعناهُ لغيرِ حَربيٍّ يَلتقِطُه غيرُ ربِّه[2].

الفرقُ بينَ اللُّقطةِ والمالِ الضَّائعِ:

الفرقُ بينَ اللُّقطةِ والمالِ الضَّائعِ أنَّ الضَّائعَ ما يَكونُ مُحرزًا بحِرزِ مثلِه، كالمَوجودِ في مُودَعِ الحاكمِ وغيرِه مِن الأماكنِ المُغلقةِ ولَم يُعرفْ مالكُه، واللُّقطةُ ما وُجدَ ضائعًا بغيرِ حِرزٍ[3].

أدِلةُ مَشروعيَّةِ اللُّقطةِ:

الأصلُ في أَحكامِ اللُّقطةِ قبلَ الإجماعِ والآياتِ الآمرةِ بالبرِّ والإحسانِ خبَرُ الصَّحيحَينِ عن زَيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: جاءَ رَجلٌ إلىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألَه عن اللُّقطةِ فقالَ: «**اعْرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم عرِّفْها سَنةً، فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فشَأْنَك بها، قالَ: فَضالَّةُ الغَنمِ؟ قالَ: هي لك أو لأخِيك أو للذِّئبِ؟ قالَ: فَضالَّةُ الإبلِ. قالَ: ما لَك ولها؟! معها سِقاؤُها وحِذاؤُها، تَرِدُ الماءَ وتَأكلُ الشَّجرَ حتىٰ يَلقَاها رَبُّها**»[4].

(1) «النجم الوهاج» (6/ 8).
(2) «المغني» (6/ 3)، و«كشاف القناع» (4/ 255)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 287).
(3) «مغني المحتاج» (3/ 503).
(4) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).

والوِكاءُ: الخَيطُ الذي يُشدُّ به المالُ في الخِرقةِ.

والعِفاصُ: الوِعاءُ الذي هي فيه مِن خِرقةٍ أو قِرطاسٍ أو غيرِه، قالَه أَبو عُبيدٍ، والأَصلُ في العِفاصِ أنَّه الجِلدُ الذي يُلبِسُه رأسَ القارورةِ.

وقَولُه: «معها حِذاؤُها» يَعْني خُفَّها، فإنَّه لقُوتِه وصَلابتِه يَجري مَجرَىٰ الحِذاءِ، «وسِقاؤُها» بَطنُها؛ لأنَّها تَأخذُ فيه ماءً كَثيرًا فيَبقَىٰ معها يَمنعُها العَطشَ.

والضَّالةُ اسمُ الحَيوانِ خاصَّةً دونَ سَائرِ اللُّقطةِ، والجَمعُ ضَوالُّ، ويُقالُ لها أيضًا الهَواميُّ والهَوافِيُّ والهَواملُ[1].

وعن سَلمةَ بنِ كَهيلٍ قَالَ: سَمِعتُ سُويدَ بنَ غَفلةَ قَالَ: خَرَجتُ أنا وزَيدُ بن صَوحانَ وسَلمانُ بنَ رَبيعةٍ غَازينَ، فوجَدتُ سَوطًا فأخَذتُه، فقَالا لي: دعْه. فقُلتُ: لا، ولكنِّي أُعرِّفُه، فإنْ جاءَ صاحبُه وإلَّا استَمتعتُ به. قالَ: فأبَيتُ عليهما، فلمَّا رَجعْنا مِن غَزاتِنا قُضيَ لي أنِّي حجَجتُ، فأتَيتُ المَدينةَ فلقِيتُ أُبيَّ بنَ كعبٍ، فأخبَرتُه بشَأنِ السَّوطِ وبقَولِهما، فقَالَ: إنِّي وجَدتُ صُرةً فيها مِائةُ دِينارٍ علىٰ عهدِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأتَيتُ بها رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقَالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» قالَ: فعرَّفتُها فلَم أَجدْ مَن يَعرفُها، ثُم أَتيتُه فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» فعرَّفتُها فلَم أَجدْ مَن يَعرفُها، ثُم أَتيتُه فقَالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» فعرَّفتُها فلَم أَجدْ مَن يَعرفُها،

(1) «المغني» (6/ 3)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 216).



فقالَ «**احفَظْ عددَها ووِعاءَها ووِكاءَها، فإنْ جاءَ صاحبُها وإلَّا فاستَمتِعْ بها**» فاستمتَعتُ بها، فلقِيتُه بعدَ ذلك بمَكةَ فقالَ: لا أدرِي بثلاثةِ أحوالٍ أو حَولٍ واحدٍ[1].

وقَد اتَّفقَ المُسلِمونَ علىٰ جَوازِ الالتِقاطِ في الجُملةِ وإنْ اختَلفُوا في التَّفاصيلِ[2].

قَالَ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَم يَثبتْ فيها إِجماعٌ[3].

(1) أخرجه مسلم (1723) ثم قالَ: وحدثَني عبدُ الرحمنِ بنُ بشرٍ العبديُّ، حدثَنا بهزٌ، حدثَنا شُعبةٌ، أخبرَني سَلمةٌ بن كهيلٍ أو أخبرَ القومَ وأنا فيهم قالَ: سمِعتُ سويدَ بنَ غفلةَ قالَ: (خرَجتُ معَ زيدِ بنِ صوحانَ وسَلمانَ بنِ رَبيعةَ فوجَدتُ سوطًا...)، و«اقتصَّ الحديثَ بمثلِه إلىٰ قولِه: (فاستمَتعتُ بها) قالَ شُعبةٌ: فسمِعتُه بعدَ عشرِ سِنينَ يَقولُ: عرِّفها عامًا واحدًا.

1723: وحدثَنا قتيبةُ بنُ سعيدٍ، حدثَّنا جريرٌ عن الأعمشِ وحدثَنا أبو بكرٍ بنُ أبي شَيبةَ، حدثَنا وكيعٌ وحدثَنا ابنُ نُميرٍ، حدثَنا أبي جميعًا عن سُفيانَ وحدثَني محمدُ بن حاتمٍ، حدثَنا عبدُ اللهِ بنُ جعفرٍ الرقِي، حدثَنا عبيدُ اللهِ يَعني بن عمروٍ عن زيدِ بن أبي أُنيسةَ وحدثَني عبدُ الرَّحمنِ بنُ بشرٍ، حدثَنا بهزٌ، حدثَنا حمادُ بنُ سَلمةَ كلُّ هؤلاء عن سَلمةَ ابنِ كهيلٍ بهذا الإسنادِ نحوَ حديثِ شُعبةَ، وفي حديثِهم جميعًا ثلاثةُ أحوالٍ، إلا حمادَ ابنَ سَلمةَ فإنَّ في حديثِه عامَينِ أو ثلاثةً، وفي حديثِ سُفيانَ وزَيدِ بنِ أبي أُنيسةَ وحمادِ بنِ سَلمةَ: فإن جاءَ أحدٌ يُخبرُكَ بعددِها ووعائِها ووكائِها فأعطِها إياهُ، وزادَ سُفيانُ في روايةِ وكيعٍ: (وإلا فهي كسبيلِ مالك)، وفي روايةِ ابنِ نُميرٍ: (وإلا فاستَمتعْ بها).

(2) «نهاية المطلب» (8/ 445)، و«الإفصاح» (2/ 60).

(3) «الإجماع» كتاب اللقطة ص(107).



هل يُشترطُ إذنُ الإمامِ لالتقاطِ اللُّقطةِ؟

قَالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدَما ذكَرَ أَحاديثَ اللُّقطةِ: وفي جَميعِ أَحاديثِ البَابِ دَليلٌ علىٰ أنَّ الْتقاطِ اللُّقطةِ وتَملُّكَها لا يَفتقرُ إلىٰ حُكمِ حاكِمٍ ولا إلىٰ إذنِ السُّلطانِ، وهذا مُجمَعٌ عليه[1].

وقالَ ابنُ بَطالٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يَجبُ عندَ جَماعةِ العُلماءِ علىٰ مُلتقِطِ اللُّقطةِ إنْ لَم تَكنْ ضالَّةً مِن الحَيوانِ أنْ يَدفعَها إلىٰ السُّلطانِ[2].

وجاءَ في «المُدونة الكُبرَى»: (قُلتُ): أرأَيتَ تَعريفَه إيَّاها في السَّنةِ، أبأَمرِ الإمامِ أم بغيرِ أَمرِ الإمامِ؟

(قالَ) لا أَعرفُ الإمامَ في قَولِ مالكٍ، إنَّما جاءَ في الحَديثِ: «يُعرِّفُها سَنةً»، فأمرُ الإمامِ وغيرُ أمرِه في هذا سَواءٌ[3].

(1) «شرح صحيح مسلم» (12/ 28).
(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 564).
(3) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 175).

أَركانُ الالتِقاطِ:

أَركانُ الالتِقاطِ ثَلاثةٌ كما قسَّمَه الشافِعيةُ وغيرُهم، وهي:

1- التِقاطٌ. 2- ومُلتقِطٌ. 3- ومُلتقَطٌ.

الرُّكنُ الأَولُ: التِقاطٌ:

حُكمُ الالتِقاطِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ الالتِقاطِ هل هو واجبٌ أم مُستحَبٌ أم جَائزٌ أم مَكروهٌ أم حَرامٌ؟ فقد نصَّ أَكثرُ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ اللُّقطةَ تَجري عليها الأَحكامُ الخَمسةُ السَّابقةُ، ولكلِّ مَذهبٍ تَفصيلٌ في ذلك.

فقالَ الحَنفيةُ: الالتِقاطُ علىٰ أَحوالٍ:

قد يَكونُ مَندوبًا، وقد يَكونُ واجبًا، وقد يَكونُ مُباحًا، وقد يَكونُ مَكروهًا، وقد يَكونُ حَرامًا.

أَمَّا حالةُ النَّدبِ: فهو أنْ يَخافُ عليها الضَّيعةَ لو تَرَكَها، فأَخذُها لصاحبِها أَفضلُ من تَركِها؛ لأنَّه إذا خافَ عليها الضَّيعةَ كانَ أَخذُها لصاحبِها إِحياءً لمالِ المُسلِمِ معنًى فكانَ مُستحَبًّا، ولئلَّا تَصلُ إلىٰ يدٍ خائنةٍ.

وأَمَّا حالةُ الوُجوبِ: فهو إنْ خافَ عليها الضَّياعَ فيَجبُ أَخذُها صِيانةً لحقِّ الناسِ عن الضَّياعِ، قالَ اللهُ تَعالىٰ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التَّوْبَة: 71]، وإذا كانَ وليًّا وجَبَ عليه حِفظُ مالِه، ولأنَّ حُرمةَ مالِ المُسلِمِ كحُرمةِ مَالِه، فإذا خافَ علىٰ مالِه الضَّياعَ وجَبَ حِفظُه، فكذلك إذا خافَ علىٰ مالِ غيرِه.

وأمَّا حالةُ الإِباحةِ: فهو أنْ لا يَخافَ عليها الضَّيعةَ فيَأخذُها لصاحبِها؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المَائِدَة: 2]، ولأنَّه لو ترَكَها لا يُؤمَنُ أنْ تَصلَ إليها يدٌ خائنةٌ فتَمنعَها عن مالكِها.

وقيلَ: ترَكُه أفضلُ؛ لأنَّ صاحبَها إنَّما يَطلبُها في المَوضعِ الذي سقَطَت منه، والأوَّلُ ظاهِرُ المَذهبِ.

وأمَّا حالةُ الكَراهةِ: إنْ كانَ يَخافُ علىٰ نفسِه الطَّمعَ فيها وتَركَ التَّعريفِ والردِّ، فالتَّركُ أَولىٰ؛ صِيانةً له عن الوُقوعِ في المُحرَّمِ.

وأمَّا حالةُ الحُرمةِ: أنْ يَأخذَها لنفسِه لا لصاحبِها؛ لِما رُويَ عن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**لا يَأوِي الضَّالةَ إلَّا ضالٌّ**»[1]، والمُرادُ: أنْ يَضمَّها إلىٰ نفسِه لأجلِ نفسِه لا لأجلِ صاحبِها بالردِّ عليه؛ لأنَّ الضمَّ إلىٰ نفسِه لأجلِ صاحبِها ليسَ بحَرامٍ، ولأنَّه أخَذَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه لنَفسِه فيَكونُ بمَعنىٰ الغَصبِ، وكذا لُقطةُ البَهيمةِ من الإبلِ والبَقرِ والغنمِ[2].

أمَّا المالِكيةُ فقالُوا: إنَّ الالتِقاطَ قد يَكونُ واجبًا ومُستحَبًا ومُحرَّمًا ومَكروهًا بحسَبِ حالِ المُلتقِطِ وحالِ الزَّمانِ الحاضِرِ وأهلِه ومِقدارِ اللُّقطةِ، ويَنقسمُ علىٰ ثَلاثةٍ إجمالًا وأربَعةٍ تَفصيلًا:

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (1702)، وابن ماجه (2503)، وأحمد (4/ 360، 362)، وغيرُهم من حديثِ جريرِ بنِ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأخرجه مسلم (1725) عن زيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بلفظِ: «مَن آوىٰ ضالَّةً فهو ضالٌّ ما لَم يعرِّفْها».

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«الهداية» (2/ 175)، و«العناية» (8/ 201)، و«الاختيار» (3/ 37)، و«تبيين الحقائق» (3/ 301)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 188)، و«اللباب» (1/ 661).

الأولُ: أنْ يَعلمَ مِن نفسِه الخِيانةَ، فيَحرُمُ عليه التِقاطُها، سَواءٌ خافَ عليها الخَوَنةَ أم لا؛ لاستِلزامِه إتلافُ مالِ المَعصومِ.

الثاني: أنْ يَخافَ مِن نفسِه الخِيانةَ ولا يَتحققَّ ذلك، بأنْ يَشكَّ، فيُكرَهُ له الالتِقاطُ.

الثالثُ: أنْ يَتيقنَ أَمانةَ نفسِه، وهو يَنقسمُ إلىٰ قِسمَين:

إمَّا أنْ يَخافَ عليها الخَوَنةَ أو لا، فإنْ خافَ عليها الخَوَنةَ وجَبَ عليه الالتِقاطُ؛ لأنَّ المُلتقِطَ حينَئذٍ قادرٌ علىٰ حفظِ مالِ أَخيه فيَتعينُ عليه ذلك؛ لأنَّ حُرمةَ المالِ كحُرمةِ النفسِ، ولنَهيِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن إضاعةِ المالِ.

وإنْ لَم يخَفْ عليها الخَوَنةَ فثَلاثةُ أَقوالٍ لمالكٍ، الاستِحبابُ -وهذه صورةُ السَّائلِ لرَسولِ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقالَ: خُذْها، ولأنَّه أَحوطُ لصاحبِها خَوفَ أنْ يَأخذَها مَن ليسَ بمَأمونٍ-، والكَراهةُ، والاستِحبابُ فيما له بالٌ، والتَّركُ لغيرِه أَفضلُ، أي إنَّ التَّركَ لغيرِ ما له بالٌ أَفضلُ مِن الالتِقاطِ فهو مَكروهٌ؛ لأنَّ الغالبَ عدمُ المُبالغةِ في تَعريفِ الحَقيرِ وعدمُ الاحتِفالِ به، والحَقيرُ كالدِّرهمِ ونحوِه.

ويُستَثنَىٰ لُقطةُ الحاجِّ، فلا يَجري فيها هذا الخِلافُ كلُّه؛ لأنَّها بالتَّركِ أَولىٰ؛ لأنَّ مُلتقِطَها يَرحلُ إلىٰ قُطرِه وهو بَعيدٌ فلا يَحصلُ مَقصودُ التَّعريفِ[1].

---

(1) «الفروق» للقرافي (4/ 79، 80)، و«التاج والإكليل» (5/ 34، 35)، و«مواهب الجليل» (8/ 30، 31)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 123، 124)، و«الشرح الكبير مع حاشية =

أمَّا الشافِعيةُ: فاختلَفَ النَّقلُ عن الإمامِ الشافعِيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذلك، فرَوىٰ المُزنِيُّ عنه أنَّه قالَ: «لا أُحبُّ لأحدٍ ترَكَ لُقطةٍ وجَدَها إذا كانَ أمينًا عليها» فهذا يَقتَضي استِحبابَ أَخذِها دونَ إيجابِه.

وقالَ في «**الأُمِّ**»: «ولا يَجوزُ لأحدٍ ترَكُ اللُّقطةِ إذا وجَدَها»، فظاهِرُ هذا القولِ يدلُّ علىٰ إيجابِ أَخذِها؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ [التَّوۡبَة: 71].

قالَ الماوِرديُّ والعِمرانِيُّ: فاختَلَفَ أَصحابُ الشافِعيِّ لاختِلافِ هذين الظَّاهرينِ، فمنهم كأبي الحَسنِ القطَّانِ وغيرِه يَقولونَ: فيه قَولانِ:

أحدُهما: أنَّ أَخذَها استِحبابٌ وليسَ بواجبٍ لمن وثِقَ بأَمانةِ نفسِه، وهو المَذهبُ، وعلىٰ ظاهرِ ما نصَّ عليه في هذا المَوضعِ؛ لِأنَّه غيرُ مُؤتمَنٍ عليها ولا مُستودعٍ لها؛ لأنَّ ذلك أَمانةٌ فلَم يَجبْ عليه أَخذُها، كقَبولِ الوَديعةِ.

والقولُ الثاني: أنَّ أَخذَها واجبٌ، وترَكَها مَأثمٌ؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ [التَّوۡبَة: 71]، وإذا كانَ وليًّا عليه وجَبَ عليه حِفظُ مالِه، ولأنَّه كما وجَبَ عليه حِراسةُ نفسِ أَخيه المُسلِمِ، وجَبَ عليه حِراسةُ مالِ أَخيه المُسلِمِ؛ لقولِ النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «**حُرمةُ**

=
الدسوقي» (5/ 526، 527)، و«منح الجليل» (8/ 230)، و«القوانين الفقهية» (1/ 224)، و«تحبير المختصر» (5/ 35، 36)، و«بداية المجتهد» (2/ 228).

مالِ المُؤمنِ كحُرمةِ دمِه»[1]. فلو خافَ علىٰ دمِه وقدَرَ علىٰ الدفعِ عنه لوجَبَ عليه ذلك، فكذلك إذا خافَ علىٰ مالِه.

وقالَ جُمهورُ أَصحابِ الشافِعيِّ كأَبي العَباسِ وأَبي إِسحاقَ وغيرِهما: ليسَ ذلك علىٰ قَولينِ، إنما هو علىٰ اختِلافِ حالَينِ:

فالمَوضعُ الذي قالَ: (يُستحبُ له أَخذُها ولا يَجبُ عليه) أرادَ به إذا وجَدَها في بلدٍ أو قَريةٍ أو مَحلةٍ يَعلمُ أمانةَ أهلِها؛ لأنَّ ترْكَ أخذِها لا يَكونُ تغريرًا بها؛ لأنَّ غيرَه يَقومُ مقامَه في حِفظِها، فجَرىٰ مَجرىٰ الصَّلاةِ علىٰ الجِنازةِ، ودَفنِ الميِّتِ إذا كانَ هناك مَن يَقومُ بها غيرُه.

والمَوضعُ الذي قالَ (يَجبُ عليه أَخذُها) أرادَ: إذا وجَدَها في بلدٍ أو قَريةٍ أو مَحلةٍ يَعلمُ أنَّ أهلَها غيرُ ثِقاتٍ، أو وجَدَها في مَسلكٍ يَسلكُه أَخلاطُ الناسِ؛ لأنَّ في تَركِها تَغريرًا بها، ويَأخذُها غيرُه ممَّن لا يُؤدِّي الأَمانةَ فيها، ولِما في ذلك من التَّعاونِ.

وعلىٰ كِلا الحالَينِ لا يُكرَه له أَخذُها إذا كانَ أمينًا عليها.

وحُكيَ عن ابنِ عبَّاسٍ وعبدِ اللهِ بن عمَرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أنَّهما كرِهَا أخذَها، ورُويَ أنَّ شُرَيحًا مرَّ بدِرهمٍ فلَم يَعرِضْ له، وفي هذا القَولِ إِبطالُ التَّعاونِ وقطعُ المَعروفِ، وقد أخذَ أُبيُّ بنُ كعبٍ الصُّرةَ التي وجَدَها، وأخَذَ عليٌّ عَلَيْهِٱلسَّلَامُ الدِّينارَ، وأخبَرا به النَّبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فلَم يُنكرْ ذلك عليهما ولا

(1) حَديثٌ ضَعيفٌ: رواه البزار في «مسنده» (1699)، والدارقطني (2926).

كرِهَه لهما، ويَجوزُ أنْ يَكونَ المَحكِيُّ عن ابنِ عباسٍ وابنِ عمَرَ فيمَن كانَ غيرَ مَأمونٍ عليها أو ضَعيفًا عن القيامِ بها، ونحن نكرَه لغيرِ الأمينِ عليها وللضَّعيفِ عن القيامِ بها أنْ يَتعرضَ لأَخذِها، وإنما نَأمرُ به مَن كانَ أمينًا قويًّا.

فإنْ ترَكَها الأَمينُ ولَم يَأخذْها فتلِفَت لَم يَجبْ عليه ضمانُها، سَواءٌ قُلنا: يَجبُ عليه أخذُها، أو يُستحَبُّ له أخذُها؛ لأنَّ الضمانَ إنما يَكونُ باليدِ أو الإتلافِ، ولَم يُوجدْ منه أَحدُهما، وإنما يُفيدُ الوُجوبُ الإثمَ لا غيرَ.

فأمَّا إذا كانَ الواجدُ لها غيرَ أَمينٍ فلا يُستحَبُّ له أَخذُها؛ لأنَّ المَقصودَ بأَخذِها حِفظُها علىٰ صاحبِها، والتَّغريرُ يَحصلُ بأَخذِه لها، فإذا ترَكَها فرُبما وجَدَها مَن يَحفظُها علىٰ صاحبِها[1].

فمُعتمَدُ مَذهبِ الشَّافعيةِ أنَّه يُستحَبُّ الالتِقاطُ لِواثقٍ بأَمانةِ نفسِه لِما فيه مِن البرِّ، وخبَرِ مُسلمٍ «واللهُ في عَونِ العَبدِ ما كانِ العَبدُ في عونِ أَخيه»، ويُكرهُ تركُه لئلَّا تقعَ في يدِ خائنٍ، وإنما لَم تَجبْ لِأَنَّها أمانةٌ أو كسبٌ، وكلٌّ منها لا يَجبُ ابْتداءً.

وقيلَ: يَجبُ حِفظًا لمالِ الآدميِّ كنفسِه.

وقيلَ: إنْ غلَبَ علىٰ ظنِّه ضَياعُها لو ترَكَها وجَبَ وإلا فلا.

ولا يُستحَبُّ الالتِقاطُ قَطعًا لغيرِ واثقٍ بأمانةِ نفسِه في المُستقبَلِ، وهو في

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 11)، و«البيان» (7/ 520، 521).



الحالِ آمنٌ خشيةَ الضياعِ أو طُرُوِّ الخيانةِ، ولكنْ يَجوزُ الالتِقاطُ في الأصحِّ؛ لأنَّ خِيانتَه لَم تَتحقَّقْ، والأَصلُ عدمُها وعليه الاحتِرازُ.

والثاني: المَنعُ خشيةَ استِهلاكِها.

وسَواءٌ القولُ بالوُجوبِ أو الاستِحبابِ، فلو ترَكَ الالتِقاطَ حتىٰ تلِفَت العَينُ أثِمَ ولا ضَمانَ عليه، كمَن معه طَعامٌ وآخرُ يَموتُ جوعًا فلَم يُطعمْه حتىٰ ماتَ، وكمَن رَأىٰ مالَ شخصٍ يَغرقُ أو يَحترقُ وقدَرَ علىٰ خَلاصِه وجَبَ عليه، فإنْ لَم يَفعلْ حتىٰ تلِفَ أثِمَ ولَم يُضمَنْ.

ويُكرَهُ الالتِقاطُ تَنزيهًا لفاسقٍ؛ لئلا تَدعوه نفسُه إلىٰ الخِيانةِ وكِتمانِها[1].

أمَّا الحَنابِلةُ فقالوا: الأَفضلُ لِمَن أمِنَ نفسَه عليها وقوِيَ علىٰ تَعريفِها تركُها وعدمُ التَّعرضِ لها.

قالُوا: مَن لا يَأمنُ نفسَه علىٰ اللُّقطةِ لا يَجوزُ له أخذُها بِحالٍ؛ لِمَا فيه مِن إضاعتُها علىٰ ربِّها فهو كإتلافِها، وكما لو نَوىٰ تَملُّكَها في الحالِ أو كِتمانَها، فإنْ أخَذَها بنيَّةِ الخِيانةِ ضَمِنَها إنْ تلفَتْ ولو تلفَتْ بغيرِ تَفريطٍ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه علىٰ وجهٍ لا يَجوزُ له أخذُه فضمَنَه كالغاصِبِ، ولَم يَملكْها -أي اللُّقطةِ- إذا أخَذَها وهو لا يَأمنُ نفسَه عليها، أو نَوىٰ تَملُّكَها في الحالِ أو كِتمانَها وإنْ عرَّفَها؛ لأنَّ السببَ المُحرَّمَ لا يُفيدُ المِلكَ، بدَليلِ

(1) «كنز الراغبين» (3/ 283)، و«النجم الوهاج» (6/ 8، 9)، و«مغني المحتاج» (3/ 504)، و«تحفة المحتاج» (7/ 603)، و«الديباج» (2/ 550).

السَّرقةِ، ومَن أخَذَها -أي اللُّقطةِ- بنيَّةِ الأَمانةِ ثُم طرَأَ له قصدُ الخِيانةِ لَم يَضمنِ اللُّقطةَ إنْ تلِفَت بلا تَفريطٍ في الحَولِ، كما لو كانَ أودَعَه إيَّاها.

ومَن أمِنَ نفسَه علىٰ اللُّقطةِ وقوِيَ علىٰ تَعريفِها فله أَخذُها؛ لحَديثِ زيدِ بنِ خالدٍ المَذكورِ أولَ البابِ في النَّقدينِ، وقِيسَ عليهما كلُّ مُتموَّلٍ غيرَ الحَيوانِ.

والأَفضلُ لِمَن أمِنَ نفسَه عليها وقوِيَ علىٰ تَعريفِها ترْكُها -أي عدمُ التعرُّضِ لها.

قالَ الإمامُ أَحمدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأَفضلُ ترْكُ الالتِقاطِ، ورُويَ مَعناه عن ابنِ عَباسٍ وابنِ عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا ولو وجَدَها بمَضْيَعةٍ؛ لأنَّ في الالتِقاطِ تَعريضًا بنفسِه لأكلِ الحَرامِ وتَضييعِ الوَاجبِ مِن تَعريفِها وأداءِ الأَمانةِ فيها، فترْكُ ذلك أَولىٰ وأَسلمُ.

واختارَ أَبو الخَطابِ مِن الحَنابلةِ أنَّه إذا وجَدَها بمَضْيَعةٍ وأمِنَ نفسَه عليها فالأَفضلُ أخْذُها[1].

وهذا الخِلافُ السابِقُ في غيرِ لُقطةِ الحاجِّ.

قالَ الإمَامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا كلُّه ما عَدا لُقطةَ الحاجِّ، فإنَّ العُلماءَ أَجمعُوا علىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُها؛ لنَهيه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن ذلك، ولُقطةُ مكةَ أيضًا لا يَجوزُ التِقاطُها إلا لمُنشدٍ؛ لوُرودِ النصِّ في ذلك، والمَرويُّ في

(1) «المغني» (6/ 3)، و«كشاف القناع» (4/ 260)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 223)، و«الإفصاح» (2/ 60).

ذلك لَفظانِ، أحدُهما أنَّه لا تُرفَعُ لُقطتُها إلا لمُنشِدٍ، والثاني: لا يَرفعُ لُقطتُها إلا مُنشِدٍ، فالمَعنىٰ الوَاحدُ أنَّها لا تُرفَعُ إلا لمَن يُنشدُها، والمَعنىٰ الثاني لا يَلتقطُها إلا مَن يُنشدُها ليُعرِّفَ الناسَ.

وقالَ مالكٌ: تُعرَّفُ هاتانِ اللُّقطتانِ أبدًا[1].

وقالَ الحافِظُ ابنُ حَجرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأَرجحُ مِن مَذاهبِ العُلماءِ أنَّ ذلك يَختلفُ باختِلافِ الأَشخاصِ والأَحوالِ، فمتىٰ رجَحَ أخذُها وجَبَ أو استُحِبَّ، ومتىٰ رجَحَ تركُها حرُمَ أو كُرِهَ، وإلا فهو جائِزٌ[2].

حُكمُ اللَّقطةِ في يدِ المُلتقطِ والإشهادِ على الالتِقاطِ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ اللُّقطةَ أمانةٌ في يدِ المُلتقِطِ كالوَديعةِ، ولا تُضمَنُ إلا بالتَّعدي أو التَّفريطِ أو بالمَنعِ عندَ الطَّلبِ، وإذا وجَدَ الإنسانُ لُقطةً ولَم يشهَدْ عليها ولَم تَتلفْ ولا ضاعَت ثُم جاءَ صاحِبُها ودفعَها المُلتقطُ إليه **فلا خِلافَ بينَ العُلماءِ في هذا**، وأنَّه لا ضَمانَ ولا مُشكلةَ علىٰ المُلتقِطِ في هذا.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللُّقطةُ في الحَولِ أمانةٌ في يدِ المُلتقِطِ، إنْ تلِفَت بغيرِ تَفريطِه أو نقَصَت فلا ضَمانَ عليه كالوَديعةِ، ومتىٰ جاءَ صاحِبُها فوجَدَها أخَذَها بزِيادَتِها المُتصلةِ والمُنفصلةِ؛ لأنَّها نَماءُ مِلكِه، وإنْ أتلَفَها

(1) «بداية المجتهد» (2/ 229).

(2) «فتح الباري» (5/ 92).

المُلتقِطُ أو تلِفت بتَفريطِه ضمَنَها بمثلِها إنْ كانَت مِن ذَواتِ الأَمثالِ، وبقيمَتِها إنْ لَم يكنْ لها مِثلٌ، لا أَعلمُ في هذا خِلافًا[1].

وكذا اتَّفقُوا علىٰ أنَّه إذا لَم يَجدْ مَن يُشهِدُه أو خافَ إذا أشهَدَه أنْ يَأخذَها الظَّلَمةُ فترَكَ الإِشهادَ لَم يَضمنْ إِجماعًا، ولا يُستحَبُّ له الإِشهادُ في هذه الحَالةِ.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو التقَطَ لُقطةً ثُم تلِفَت عنده من دونِ تَعدٍّ ولا تَفريطٍ، إلا أنَّه لَم يَشهدْ عليها حينَ التقَطَها وكانَ قادِرًا علىٰ الإِشهادِ، هل يَجبُ عليه ضَمانُها لأنَّ الإِشهادَ واجِبٌ عليه؟ أم لا يَجبُ عليه ضَمانُها لأنَّ الإِشهادَ مستحَبٌّ وليسَ بواجِبٍ؟

فذهَبَ الإِمامُ أَبو حَنيفةَ وزُفرُ (ومُحمدٌ في رِوايةٍ) والشافِعيةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه يَجبُ الإِشهادُ علىٰ الالتِقاطِ، فمَن التَقطَ لُقطةً وجَبَ عليه الإِشهادُ أنَّه أَخذَها ليُعرِّفَها وليُردَّها علىٰ صاحِبِها إذا جاءَ، فإنْ تلِفَت فلا ضَمانَ عليه، فإنْ لَم يَشهدْ وضاعَت وجَبَ عليه ضَمانُها؛ لأنَّ الأَصلَ أنَّ كلَّ مُتصرِّفٍ عاقِلٍ إنَّما يَتصرفُ لنفسِه، وقد اعترَفَ بالأَخذِ الذي هو سَببُ الضَّمانِ، ثُم ادَّعىٰ ما يُبرئُه فلا يُصدَّقُ إلا ببيِّنةٍ، ولأنَّ الإِشهادَ لِنفيِ التَّجاحدِ، حتىٰ لو تَصادَقا أنَّه أَخذَها للمالِكِ ليُردَّها عليه فلا ضَمانَ عليه وإنْ لَم يُشهدْ؛ لأنَّ تَصادُقَهما كالبيِّنةِ، وإنْ أَقرَّ أنَّه أخذَها لنفسِه وجَبَ عليه الضَّمانُ بالإِجماعِ لإِقرارِه.

فإنْ أخذَها ولَم يُشهِدْ وتلِفَت، ثُم قالَ: أَخذتُها للمالِكِ، وكذَّبَه المالِكُ

(1) «المغني» (6/ 14).

ضمِنَها؛ لأنَّه أقرَّ بسَببِ الضَّمانِ -وهو الأَخذُ- وادَّعىٰ ما يُبرِّئُه -وهو الأَخذُ لمالِكِه- فلا يَبرأُ.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأَبي حَنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجهانِ: أَحدُهما أنَّ أَخذَ مالِ الغيرِ بغيرِ إِذنِه سببٌ لوُجوبِ الضَّمانِ في الأَصلِ، إلا أنَّه إذا كانَ الأَخذُ علىٰ سَبيلِ الأَمانةِ بأنْ أخَذَه لصاحِبِه فيَخرجُ مِن أنْ يَكونَ سببًا، وذلك إنَّما يُعرَفُ بالإِشهادِ، فإذا لَم يشهَدْ لَم يَعرفْ كونَ الأَخذِ لصاحِبِه، فبَقِي الأَخذُ سببًا في حقِّ وُجوبِ الضَّمانِ علىٰ الأَصلِ.

والثانِي أنَّ الأَصلَ أنَّ عَملَ كلِّ إنسانٍ له لا لغيرِه بقَولِه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾﴾ [النَّجْم: 39]، وقَولِه تَعالَىٰ: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البَقَرَة: 286] فكانَ أَخذُه اللُّقطةَ في الأَصلِ لنفسِه لا لصاحِبِها، وأَخذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إِذنِه لنفسِه سببٌ لوُجوبِ الضَّمانِ؛ لأنَّه غَصبٌ، وإنَّما يُعرَفُ الأَخذُ لصاحِبِها بالإِشهادِ، فإذا لَم يوجَدْ تعيَّنَ أنَّ الأَخذَ لنفسِه، فيَجبُ عليه الضَّمانُ[1].

واستَدلُّوا **علىٰ شَرطِ الإِشهادِ** بما رُوِيَ عن عِياضِ بنِ حمارٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن وجَدَ لُقطةً فليَشهدْ ذا عَدلٍ -أو ذَوَي عَدْلٍ- ولا يَكتمْ ولا يُغيِّبْ، فإنْ وجَدَ صاحِبَها فليَردَّها عليه، وإلا فهو مالُ اللهِ** عَزَّوَجَلَّ **يؤتِيه مِن يَشاءُ**»[2].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 201).

(2) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (1709)، وابن ماجه (2505)، والنسائي في «الكبرىٰ» (5808)، وأحمد (18369).

وكَيفيةُ الإِشهادِ أنْ يَقولَ: مَن رأَيتُموه يَنشدُ ضالَّةً فدلُّوه عليَّ، سَواءٌ كانَت اللُّقطةُ واحِدةً أو أكثرَ.

فإذا قالَ هذا ثُم تلِفَت اللُّقطةُ فالقَولُ قَولُه مع يَمينِه.

وهذا فيمَا إذا أَمكنَه الإِشهادُ ولَم يُشهِدْ، أمَّا إذا لَم يَجدْ مَن يُشهِدُه أو خافَ إذا أَشهَدَه أنْ يَأخذَها الظَّلَمةُ فترَكَ الإِشهادَ لَم يَضمنْ إِجماعًا كما تَقدمَ[1].

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ أَبو يوسُفَ ومُحمدٌ في الرِّوايةِ الثَّانيةِ عنه والمالِكيةُ والشَّافعيةُ في المَذهبِ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّ الإِشهادَ علىٰ اللُّقطةِ مُستحَبٌّ وليسَ بواجِبٍ، فمَن وجَدَ لُقطةً ولَم يُشهِدْ عليها ثُم تلِفَت أو ضاعَت دونَ تَعدٍّ منه ولا تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليه، ويَكونُ القَولُ قولَ المُلتقِطِ مع يَمينِه.

واستدَلُّوا علىٰ استِحبابِ الإِشهادِ علىٰ اللُّقطةِ بحَديثِ عِياضِ بنِ حِمارٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن وجَدَ لُقطةً فليُشهِدْ ذا عدْلٍ -أو ذوَي عدْلٍ- ولا يَكتمْ ولا يُغيِّبْ، فإنْ وجَدَ صاحِبَها فليَرُدَّها عليه، وإلا فهو مالُ اللهِ عَزَّوَجَلَّ يؤتِيه مَن يَشاءُ**»[2].

---

(1) «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 344، 345)، و«شرح مشكل الآثار» (8/ 164، 165)، و«بدائع الصنائع» (6/ 201)، و«الاختيار» (3/ 37)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 188، 190)، و«مختصر الوقاية» (2/ 251)، و«اللباب» (1/ 661، 662).

(2) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (1709)، وابن ماجه (2505) والنسائي في «الكبرىٰ» (5808)، وأحمد (18369).

وأمَّا عدمُ وُجوبِ الإشهادِ فلأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَم يَذكرْه في حَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ وأُبيِّ بنِ كعبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فعن زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: جاءَ رجلٌ إلىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسأَلَه عن اللُّقطةِ فقالَ: «**اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم عرِّفْها سَنَةً، فَإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فَشأنَك بها**»، قالَ: فضالَّةُ الغَنمِ؟ قالَ: «**هي لك أو لأخِيك أو للذِّئبِ**»، قالَ: فضالَّةُ الإبلِ؟ قالَ: «**ما لك ولها، معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها تَرِدُ الماءَ وتَأكلُ الشَّجرَ حتىٰ يَلقاها ربُّها**»[1]. وحَديثُ كَعبٍ السَّابقُ في أولِ البابِ فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَهما بالتَّعريفِ دونَ الإشهادِ، ولا يَجوزُ تَأخيرُ البَيانِ عن وَقتِ الحاجَةِ، فلو كانَ واجِبًا لبيَّنَه النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقد سُئلَ عن حُكمِ اللُّقطةِ فلَم يَكنْ ليُخِلَّ بذِكرِ الواجِبِ فيها، فيَتعيَّنُ حَملُ الأمرِ في حَديثِ عِياضٍ علىٰ النَّدبِ والاستِحبابِ، ولهذا خُيِّرَ بينَ العَدلِ والعَدلينِ، ولأنَّه أخَذَ أَمانةً فلَم يَفتقرْ إلىٰ الإشهادِ كالوَديعةِ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه أخذَها لا لنفسِه؛ لأنَّ الشَّرعَ إنَّما مكَّنَه من الأخذِ بهذه الجِهةِ، فكانَ إقدامُه علىٰ الأخذِ دَليلًا علىٰ أنَّه أخَذَ بالوَجهِ المَشروعِ فكانَ الظاهِرُ شاهِدًا له، فكانَ القَولُ قولَه ولكنْ معَ الحَلفِ؛ لأنَّ القولَ قولُ الأَمينِ معَ اليَمينِ.

والمَعنىٰ الذي ذكَرُوه غيرُ صَحيحٍ، فإنَّه إذا حفِظَها وعرفَها فلَم يَأخذْها لنفسِه، وفائدةُ الإشهادِ صِيانةُ نفسِه عن الطَّمعِ فيها وكَتمِها وحِفظِها مِن وَرَثتِه إنْ ماتَ ومِن غُرمائِه إنْ أفلَسَ.

---

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم» (1722).

ولأنَّ العُلماءَ أَجمعُوا علىٰ أنَّ المَغصوباتِ لو أُشهِدَ الغاصِبُ علىٰ نفسِه أنَّه غصَبَها لَم يُدخِلْها إشهادُه ذلك في حُكمِ الأَماناتِ، فكذلك تَرْكُ الإشهادِ علىٰ الأَماناتِ لا يُدخِلُها في حُكمِ المَغصوباتِ، ولا خِلافَ أنَّ المُلتقِطُ أَمينٌ لا يُضمَنُ إلا بما تُضمَنُ به الأَماناتُ مِن التَّعدي والتَّضييعِ.

وقالَ الإمامانِ ابنُ بطالٍ وابنُ عبدِ البَرِّ: وأمَّا حَديثُ عِياضِ بنِ حمارٍ فمَعناه أنَّ المُلتقِطَ إذا لَم يُعرِّفْ اللُّقطةَ ولَم يُشهِدْها وكتَمَها ولَم يَسلُكْ بها سُنتَها مِن الإشادةِ والإعلانِ بها وغيَّبَ وكتَمَ ثُم قامَت عليه البيِّنةُ أنَّه وجَدَ لُقطةً وأنَّه أخَذَها وضَمَّها إلىٰ بيِّنةٍ ثُم ادَّعىٰ تَلفَها فإنَّه لا يُصدَّقُ ويَضمَنُ؛ لأنَّه بفِعلِه ذلك فيها خارِجٌ عن الأَمانةِ، فيَضمَنُ إلا أنْ يُقيمَ البيِّنةَ بتَلفِها.

وأمَّا إذا عرَّفَها وأعلَنَ أمرَها وسلَكَ فيها سُنتَها مِن الإشادةِ في الأَسواقِ وأَبوابِ الجَوامعِ وشِبهِها وإنْ لَم يُشهِدْ فلا ضَمانَ عليه[1].

وقالَ الشَّافعيةُ: وللإشهادِ فائدَتانِ:

إحدَاهما: أنَّه ربَّما طمِعَ فيها بعدَ ذلك، فإنْ أَشهدَ لَم يَقدِرْ علىٰ ذلك.

---

(1) «شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 565)، و«الاستذكار» (2/ 751)، و«بداية المجتهد» (2/ 231)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 344، 345)، و«شرح مشكل الآثار» (8/ 164، 165)، و«بدائع الصنائع» (6/ 201)، و«الاختيار» (3/ 37)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 188، 190)، و«المهذب» (1/ 430)، و«روضة الطالبين» (4/ 202)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 487)، و«النجم الوهاج» (6/ 10)، و«مغني المحتاج» (3/ 505)، و«المغني» (6/ 7)، و«الكافي» (2/ 352).

والثَّانيةُ: أنَّه قد يَموتُ قبلَ مَجيءِ صاحِبِها فيَأخذُها الوارِثُ، فإذا أَشهَدَ أَمِنَ.

قالُوا: ومَحلُّ استِحبابِ الإِشهادِ إذا لَم يَكنْ السُّلطانُ ظالِمًا يُخشىٰ أنَّه إذا عَلِمَ بها أخَذَها، وإلا فيَمتنِعُ الإشهادُ، وكذا التَّعريفُ[1].

إذا ردَّ اللُّقطةَ إلى موضعِها بعدَ أنِ التقطَها:

اختَلفَ الفُقهاءُ في الرَّجلِ يَجدُ اللُّقطةَ فيَأخذُها ليَعرِفَها ثُم يَبدو له فيَردُّها إلىٰ مَوضعِها، هل يَضمنُها أم لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه لو أخَذَ اللُّقطةَ ثُم ردَّها إلىٰ مَكانِها الذي أخَذَها مِنه لا ضَمانَ عليه في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وكذا نصَّ عليه مُحمدٌ في المُوطأِ[2]؛ لأنَّه أخَذَها مُحتسِبًا مُتبرِّعًا ليَحفظَها علىٰ صاحِبِها، فإذا ردَّها إلىٰ مَكانِها فقد فسَخَ التَّبرعَ مِن الأَصلِ، فصارَ كأنَّه لَم يَأخذْها أَصلًا، وبه تبيَّنَ أنَّه لَم يَلزمْ الحِفظُ، وإنَّما تبرَّعَ به وقد ردَّه بالردِّ إلىٰ مَكانِها، فارتَدَّ وجُعلَ كأنْ لَم يَكنْ.

هذا إذا كانَ أخَذَها لصاحِبِها ثُم ردَّها إلىٰ مَكانِها فضاعَت وصدَّقَه صاحِبُها فيه أو كذَّبَه، لكنَّ المُلتقِطَ قد كانَ أشهَدَ علىٰ ذلك، فإنْ كانَ لَم

---

(1) «النجم الوهاج» (6/ 10)، و«مغني المحتاج» (3/ 505).

(2) قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وبعضُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ قالوا: هذا الجوابُ فيما إذا رفَعَها ولَم يَبرحْ عن ذلك المكانِ حتىٰ وضَعَها في مَوضعِها، فأما إذا ذهَبَ بها عن ذلك المكانِ ثم ردَّها إلىٰ مكانِها يَضمنُ، وجوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ مُطلقٌ عن هذا التَّفصيلِ مُستغنٍ عن هذا التَّأويلِ. «بدائع الصنائع» (6/ 201).

يُشهدْ يَجبُ عليه الضَّمانُ عندَ أَبي حَنيفةَ، وعندَهما لا يَجبُ أَشهَدَ أو لَم يُشهدْ، ويكونُ القَولُ قَولَه معَ يَمينِه أنَّه أخَذَها لصاحِبِها.

ولو أقَرَّ أنَّه كانَ أخَذَها لنفسِه لا يَبرأُ عن الضَّمانِ إلا بالردِّ علىٰ المالِكِ لأنَّه ظهَرَ أنَّه أخَذَها غَصبًا فكانَ الواجِبُ عليه الردَّ إلىٰ المالِكِ لقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «علىٰ اليَدِ ما أخَذَت حتىٰ ترُدَّه» فإذا عجَزَ عن ردِّ العَينِ يَجبُ عليه بَدَلُها كما في الغَصبِ.

وكذلك إذا أخَذَ الضَّالةَ ثُم أَرسلَها إلىٰ مَكانِها الذي أخَذَها مِنه فحُكمُها حُكمُ اللُّقطةِ؛ لأنَّ هذا أَحدُ نَوعَي اللُّقطةِ؛ لِما رَواه الإمامُ مَالكٌ عن يَحيَىٰ بنِ سَعيدٍ عن سُليمانَ بنِ يَسارٍ أنَّ ثَابتَ بنَ الضَّحاكِ الأَنصاريَّ أَخبرَه «أنَّه وجَدَ بَعيرًا بالحَرَّةِ فعقَلَه، ثُم ذكَرَه لعُمرَ بنِ الخَطابِ، فأمَرَه عُمرُ أنْ يُعرِّفَه ثَلاثَ مَراتٍ، فقالَ له ثَابتٌ إنَّه قد شغَلَني عن ضَيْعَتي، فقالَ له عُمرُ: أَرسِلْه حيثُ وجَدْتَه»[1]، وهذا يَدلُّ علىٰ انتِفاءِ وُجوبِ الضَّمانِ[2].

وقالَ المالِكيةُ: المُلتقِطُ إذا أخَذَ اللُّقطةَ ثُم ردَّها إلىٰ مَوضعِها وضاعَت بعدَ الردِّ فهذا لا يَخلو من حالَتينِ:

الأولَىٰ: أنْ يَأخذَها للحِفظِ أي للتَّعريفِ، فإذا أخَذَ اللُّقطةَ بنِيَّةِ الحفظِ وحازَها ثُم ردَّها بعدَ مُدةٍ إلىٰ مَوضعِها أو إلىٰ غيرِه ضمِنَها، وإنْ ردَّها عن قُربٍ فتَأويلانِ في الضَّمانِ وعَدمِه.

(1) رواه مالك في «الموطأ» (1447).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 201، 202)، و«مجمع الضمانات» (1/ 468)، و«درر الحكام» (6/ 110).

والثانيةُ: أنْ يَأخذَها لغيرِ الحِفظِ: إذا أخَذَها لا بنِيةِ الحِفظِ ولا بنِيةِ اغتيالِها فإنَّه لا يضمَنُ إذا ردَّها بالقُربِ بلا خِلافٍ، ويَضمنُ إذا ردَّها بَعد البُعدِ، وذلك مِثلُ أنْ يَجدَ ثَوبًا وهو يَظنُّه لقَومٍ بينَ يَديه يَسألُهم عنه، فهذا إنْ لَم يَعرِفوه ولا ادَّعَوه كانَ له أنْ يَردَّه حيثُ وجَدَه، ولا ضَمانَ عليه فيه؛ لأنَّه لَم يَصرْ في يدِه ولا تَعدَّىٰ عليه، وإنَّما أعلَمَ به مَن ظنَّ أنَّه له، ولَم يَلتزمْ فيه حُكمَ اللُّقطةِ.

وهذا إذا ردَّها بالقُربِ، وأمَّا إنْ ردَّها بعدَ طُولٍ فهو ضامِنٌ؛ لأنَّ ردَّ اللُّقطةِ إلىٰ مَوضعِها ردٌّ لمَظنةِ الضَّياعِ.

وهكذا كلُّه فيما إذا لَم يَخفْ عليها مِن خائنٍ وعلِمَ أمانةَ نفسِه أو شكَّ فيها، وأمَّا إنْ خافَ عليها مِن خائنٍ فيَضمنُ بردِّها اتِّفاقًا، سَواءٌ ردَّها عن قُربٍ أم عن بُعدٍ.

وهذا فيما يَجوزُ له التِقاطُه، أمَّا ما لا يَجوزُ له التِقاطُه يَضمنُ بأَخذِها إنْ لَم يَردُّها مَكانَها؛ لأنَّ ردَّها واجبٌ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه إذا أخَذَ اللُّقطةَ ثُم ردَّها إلىٰ مَوضعِها ضمَنَها علىٰ أيِّةِ حالٍ؛ لأنَّها أمانةٌ حصَلَت في يدِه فلزِمَه حِفظُها، فإذا ضيَّعَها لزِمَه ضَمانُها كما لو ضيَّعَ الوَديعةَ، ولأنَّها لمَّا حصَلَت في يدِه لزِمَه حِفظُها، وتَركُها تَضييعُها، إلا أنْ يَكونَ المُلتقِطُ ردَّها بإذنِ الإمامِ أو نائبِه إلىٰ مَوضعِه

---

(1) «الاستذكار» (7/ 245)، و«الذخيرة» (9/ 106)، و«التاج والإكليل» (5/ 39، 40)، و«مواهب الجليل» (8/ 38، 39)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 126)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 529)، و«تحبير المختصر» (5/ 39، 40).

فلا يَضمنُها؛ لأنَّ للإمامِ نظرًا في المالِ الذي لا يُعلَمُ مالِكُه، وكذا لو التقَطَها ودفَعَها إلىٰ الإمامِ أو نائبِه.

فأمَّا حَديثُ عمرَ فهو في الضَّالةِ التي لا تَحِلُّ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: فأمَّا ما لا يَحِلُّ التِقاطُه إذا أخَذَه فيُحتمَلُ أنَّ له ردَّه في مَكانِه ولا ضَمانَ عليه لهذه الآثارِ، ولأنَّه كان واجبًا عليه تَركُه في مَكانِه ابتِداءً، فكانَ له ذلك بعدَ أخذِه، ويُحتمَلُ أنْ لا يَبرأَ مِن ضَمانِه بردِّه، فإنَّه دخَلَ في ضَمانِه فلَم يَبرأْ مِن ضَمانِه بردِّه إلىٰ مَكانِه كالمَسروقِ وما يَجوزُ التِقاطُه، فعلىٰ هذا لا يَبرأُ إلا بردِّه إلىٰ الإمامِ أو نائبِه.

وأمَّا عُمرُ فهو كانَ الإمامَ، فإذا أمَرَ بردِّه كانَ كأَخذِه مِنه، وحَديثُ جَريرٍ لا حُجةَ فيه؛ لأنَّه لَم يَأخذِ البَقرةَ ولا أخَذَها غُلامُه، إنَّما لحِقَت بالبقرِ مِن غيرِ فِعلِه ولا اختِيارِه[1].

من وجَدَ لُقطةً فلَم يَأخذْها حتى ضاعَت:

نصَّ الحَنفيةُ والشافِعيةُ علىٰ أنَّ الإنسانَ إذا وجَدَ لقطةً علىٰ الأَرضِ ولَم يَأخذْها حتىٰ ضاعَت فلا ضَمانَ عليه.

قالَ الحَنفيةُ: لو وجَدَ شيئًا علىٰ الأَرضِ فلَم يَأخذْه حتىٰ ضاعَ لَم يَضمنْ؛ لأنَّه لَم يَحصلْ في يدِه، وكذا لو قلَبَه برِجلِه ليَنظرَ ما هو ولَم يَأخذْه لَم يَضمنْ[2].

---

(1) «المغني» (6/ 15، 16)، و«كشاف القناع» (4/ 260، 261)، و«الإفصاح» (2/ 61).

(2) «مجمع الضمانات» (1/ 470).



وقالَ الشافِعيةُ: رَأىٰ شيئًا مَطروحًا علىٰ الأَرضِ فدفَعَه بِرجلِه لِيَعرِفَ جِنسَه أو قَدْرَه ولَم يَأخذْه حتىٰ ضاعَ لَم يَضمنْه؛ لأنَّه لَم يَحصلْ في يدِه[1].

إذا أخَذَ اللُّقطةَ بنيَّةِ الخِيانةِ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ كما تقدَّمَ علىٰ أنَّ المُلتقِطَ إذا أخَذَ اللُّقطةَ بنيَّةِ الأَمانةِ والحِفظِ علىٰ صاحِبِها وأَشهدَ عليها فإنَّها أَمانةٌ في يدِه لا يَضمنُها إذا تلِفَت بغيرِ تَعدٍّ ولا تَفريطٍ.

وأمَّا لو أخَذَ اللُّقطةَ ابتِداءً بنيَّةِ الخِيانةِ بأنْ التقَطَها عازِمًا علىٰ تملُّكِها بغيرِ تَعريفٍ فقد فعَلَ مُحرَّمًا **باتِّفاقِ العُلماءِ**، ولا يَحلُّ له أَخذُها بهذه النِّيةِ، فإذا أَخَذَها لزِمَه ضمانُها، سَواءٌ تلِفَت بتَفريطِه أو بغيرِ تَفريطٍ؛ لما رُويَ عن رَسولِ الله صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**لا يَأوي الضَّالةَ إلا ضَالٌّ**»[2]. والمُرادُ أنْ يَضمَّها إلىٰ نفسِه لأَجلِ نفسِه لا لأَجلِ صاحِبِها بالردِّ عليه؛ لأنَّ الضمَّ إلىٰ نفسِه لأَجلِ صاحِبِها ليسَ بحَرامٍ، ولأنَّه أخَذَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه لنفسِه فيَكونَ بمَعنىٰ الغَصبِ[3].

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 223).

(2) **حَدِيثٌ صَحِيحٌ:** رواه أبو داود (1702)، وابن ماجه (2503)، وأحمد (4/ 360، 362)، و«غيرُهم من حديثِ جريرِ بن عبدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأخرجه مسلم (1725) عن زيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بلفظ: «مَن آوىٰ ضالَّةً فهو ضالٌّ ما لَم يَعرفْه».

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«الهداية» (2/ 175)، و«العناية» (8/ 201)، و«الاختيار» (3/ 37)، و«تبيين الحقائق» (3/ 301)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 188)، و«اللباب» (1/ 661)، و«التاج والإكليل» (5/ 34، 35)، و«مواهب الجليل» =

أمَّا إذا لَم يَقصدْ شيئًا أو قصَدَ ونسِيَ فله التَّملكُ ولا ضَمانَ؛ لأنَّ صورةَ الأَخذِ مَأذونٌ فيها شَرعًا.

إلا أنَّ العُلماءَ اختَلفُوا في أَمرينِ:

الأوَّلُ: إذا عرَّفَها بعدَ ذلك، هل يَبرأُ مِن الضَّمانِ أم لا؟

فذهَبَ الشافِعيةُ في المُعتمَدِ عندَهم مِن المَذهبِ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا يَملكُها وإنْ عرَّفَها بعدَ ذلك؛ عَملًا بقَصدِه المُقارِنِ لِفعلِهِ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه علىٰ وَجهٍ لا يَجوزُ له أَخذُه فأَشبَه الغاصِبَ؛ لأنَّ الأَصلَ في الاستِيلاءِ علىٰ مالِ الغيرِ الضَّمانُ، خرَجَ عنه حالَةُ قصدِ التَّملكِ بإذنِ الشَّارعِ، ففيما عَداها علىٰ مُقتَضىٰ الأَصلِ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في وَجهٍ والحَنابِلةُ في احتِمالٍ ذكَرَه ابنُ قُدامةَ إلىٰ أنَّه يَملكُها؛ لأنَّ مُلكَها بالتَّعريفِ والالتِقاطِ وقد وُجدَ، فيَملكُها به كالاصطِيادِ والاحتِشاشِ، فإنَّه لو دخَلَ حائِطًا لغيرِه بغيرِ إذنِه فاحتَشَّ أو اصطادَ مِنه صَيدًا ملكَه وإنْ كانَ دُخولُه مُحرَّمًا كذا ها هُنا، ولأنَّ عُمومَ النصِّ يَتناولُ هذا المُلتقَطَ فيَثبتُ حُكمُه فيه، ولأنَّنا لو اعتبَرْنا نيةَ التَّعريفِ وَقتَ الالتِقاطِ

=
(8/ 30، 31)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 123، 124)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 526، 527)، و«منح الجليل» (8/ 230)، و«تحبير المختصر» (5/ 35، 36)، و«بداية المجتهد» (2/ 228)، و«روضة الطالبين» (4/ 215)، و«النجم الوهاج» (6/ 27)، و«مغني المحتاج» (3/ 513)، و«تحفة المحتاج» (7/ 627)، و«الديباج» (2/ 559)، و«المغني» (6/ 11).

لافترَقَ الحالُ بينَ العَدلِ والفَاسقِ والصبيِّ والسَّفيهِ؛ لأنَّ الغالِبَ علىٰ هؤلاء الالتِقاطُ للتَّملُّكِ مِن غيرِ تَعريفٍ[1].

الثاني: إذا دفَعَها إلى الحاكِمِ بعدَما نَوى الخِيانةَ فيها هل يَبرأُ أم لا؟

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما إذا أخَذَها بنيَّةِ الخِيانةِ ثُم دفَعَها إلىٰ الحاكِمِ، هل يَبرأُ مِن الضَّمانِ أم لا؟

فذهَبَ الشافِعيةُ في المَذهبِ وهو ظاهِرُ مَذهبِ الحَنابِلةَ إلىٰ أنَّه إذا أخَذَها بنيَّةِ الخِيانةِ ثُم دفَعَها إلىٰ الحاكِمِ الأَمينِ برِئَ مِن الضَّمانِ كما هو شَأنُ الغاصِبِ.

وفي وَجهٍ للشافِعيةِ لا يَبرأُ[2].

إذا أخَذَ اللُّقطةَ بنيَّةِ الأمانةِ ثُم طرأَ له قَصدُ الخِيانةِ:

قالَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ والحَنابلةُ: المُلتقِطُ إذا أخَذَ اللُّقطةَ بنيَّةِ الأَمانةِ ثُم طرَأَ له قَصدُ الخِيانةِ لَم يَصِرْ ضامِنًا للُّقطةِ بمُجردِ قَصدِ الخِيانةِ، فإنْ تلِفَت بلا تَفريطٍ في الحَوْلِ فلا ضَمانَ عليه حتىٰ يَتحققَ ذلك القَصدُ بالفِعلِ، كالمودَعِ إذا نَوىٰ الخِيانةَ في الوَديعةِ ولَم يَخنْ.

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 215)، و«النجم الوهاج» (6/ 27)، و«مغني المحتاج» (3/ 513)، و«تحفة المحتاج» (7/ 627)، و«الديباج» (2/ 559)، و«المغني» (6/ 11).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 215)، و«النجم الوهاج» (6/ 27)، و«مغني المحتاج» (3/ 513)، و«تحفة المحتاج» (7/ 627)، و«الديباج» (2/ 559)، و«المغني» (6/ 11).

وذهَبَ الشافِعيةُ في مُقابلِ الأَصحِّ إلـىٰ أنَّه إنْ قصَدَ الخِيانةَ في اللُّقطةِ ولَم يَخنْ ضمَنَ.

ومتىٰ صارَ المُلتقِطُ ضامِنًا في الدَّوامِ بحَقيقةِ الخِيانةِ أو بقَصدِها ثُم أقلَعَ وأرادَ أنْ يُعرِّفَها ويَمتلكَ كانَ له ذلك **علىٰ الأَصحِّ عن الشافِعيةِ**[1].

وأمَّا الحَنفيةُ والمالِكيةُ فلهم تَفصيلٌ تَقدَّمَ في حُكمِ الالتِقاطِ.

أخذُ الجُعلِ على اللُّقطةِ:

أَخذُ الجُعلِ علىٰ اللُّقطةِ لا يَخلو مِن حالاتٍ سبَقَ أَكثرُها في كِتابِ الجَعالَةِ من كِتابِنا هذا لمَن أرادَ الرُّجوعَ إليها:

الحالَةُ الأولَى: أنْ يَجعلَ صاحِبَها لمَن وجَدَها شيئًا مَعلومًا، وهذه الحالَةُ لا تَخلو مِن إحدى صورَتينِ:

الصُّورةُ الأولَى: أنْ يَلتقطَها بعدَما بلَغَه الجُعلُ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهِبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ رَبَّ اللُّقطةِ إذا جعَلَ لمَن وجَدَها شيئًا مَعلومًا فله أَخذُه إنْ كانَ التَقطَها بعدَ أنْ بلَغَه الجُعلُ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الجَعالَةُ في ردِّ الضالَّةِ والآبِقِ وغيرِهما جائِزةٌ، وهذا قَولُ أَبي حَنيفةَ ومَالكٍ والشافِعيِّ، ولا نَعلمُ فيه مُخالِفًا، والأَصلُ في ذلك قَولُ اللهِ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يُوسُف: 72]، وكانَ حملُ البَعيرِ مَعلومًا عندَهم كالوَسقِ، وشَرعُ مَن قبلَنا شَرعٌ لنا ما لَم يَردْ في شَرعِنا ما يُخالفُه.

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 215)، و«النجم الوهاج» (6/ 27)، و«مغني المحتاج» (3/ 513)، و«تحفة المحتاج» (7/ 627)، و«الديباج» (2/ 559)، و«المغني» (6/ 11).

ولِما في الصَّحيحَينِ عن أَبي سَعيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قالَ: انطلَقَ نفرٌ مِن أَصحابِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سَفرَةٍ سافرُوها، حتىٰ نزَلُوا علىٰ حيٍّ مِن أَحياءِ العَربِ، فاستَضافُوهم فأَبَوا أنْ يُضَيِّفوهم، فلُدغَ سَيدُ ذلكَ الحيِّ، فسَعَوا له بكلِّ شيءٍ لا يَنفعُه شيءٌ، فقالَ بَعضُهم: لو أَتيتُم هؤلاء الرَّهطَ الذين نزَلُوا، لعلَّه أنْ يَكونَ عندَ بَعضِهم شيءٌ، فأَتَوهُم، فقالُوا: يا أيُّها الرَّهطُ إنَّ سيِّدَنا لُدغَ، وسعَيْنا له بكلِّ شيءٍ لا يَنفعُه، فهل عندَ أحدٍ مِنكم مِن شيءٍ؟ فقالَ بَعضُهم: نعَم، واللهِ إنِّي لأَرقِي، ولكنْ واللهِ لقد استَضفنَاكم فلَم تُضيِّفُونا، فما أنَا براقٍ لكم حتىٰ تَجعلُوا لنا جُعلًا، فصَالَحوهم علىٰ قَطيعٍ مِن الغَنمِ، فانطَلَقَ يَتفِلُ عليه، ويَقرأُ: الحمدُ للهِ ربِّ العالمينَ، فكأنَّما نُشطَ مِن عِقالٍ، فانطَلَقَ يَمشِي وما به قَلَبَةٌ، قالَ: فأَوفَوْهم جُعلَهم الذي صالَحُوهم عليه، فقالَ بَعضُهم: اقسِمُوا، فقالَ الذي رَقىٰ: لا تَفعَلوا حتىٰ نَأتِيَ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فنَذكُرَ له الذي كانَ، فننظُرَ ما يَأمرُنا، فقدِمُوا علىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فذَكَرُوا له، فقالَ: «**وما يُدريك أنَّها رُقيةٌ**»، ثُم قالَ: «**قد أَصَبتُم، اقسِمُوا، واضرِبُوا لي معَكم سَهمًا**» فضحِكَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[1]، والقَطيعُ: ثَلاثونَ رَأسًا مِن الغَنمِ.

ولأنَّ الحاجَةَ تَدعُو إلىٰ ذلك، فإنَّ العَملَ قد يَكونُ مَجهولًا، كردِّ الآبِقِ والضَّالةِ ونَحوِ ذلك، ولا تَنعقدُ الإجارةُ فيه والحاجَةُ داعيَةٌ إلىٰ ردِّهما، وقد لا يَجدُ مَن يَتبرعُ به فدَعَت الحاجَةُ إلىٰ إباحةِ بَذلِ الجُعلِ فيه معَ جَهالةِ العَملِ؛ لأنَّها غيرُ لازِمةٍ بخِلافِ الإجارةِ، ألا تَرىٰ أنَّ الإجارةَ لمَّا كانَت

(1) أخرجه البخاري (2156)، ومسلم (2201).

لازِمةً افتقَرَت إلىٰ تَقديرِ مُدةٍ، والعُقودُ الجائِزةُ كالشَّركةِ والوَكالةِ لا يَجبُ تَقديرُ مُدتِها، ولأنَّ الجائِزةَ لكلِّ واحِدٍ مِنهما تَركُها، فلا يُؤدِّي إلىٰ أنْ يُلزمَه مَجهولٌ عندَه بخِلافِ اللازِمةِ[1].

وقالَ في «الدُّرّ المُختار»: (ولا شَيءَ للمُلتقِطِ) لمالٍ أو بَهيمةٍ أو ضالٍّ (مِن الجُعلِ أصلًا) إلا بالشَّرطِ، كمَن ردَّه فله كذا، فله أَجرُ مِثلِه «تَتارْخانِية» كإِجارةٍ فاسِدةٍ.

قالَ ابنُ عابدِين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قولُه (فله أَجرُ مثلِه) علَّلَه في المُحيطِ بأنَّها إِجارةٌ فاسِدةٌ.

واعترَضَه في «البَحرِ» بأنَّه لا إِجارةَ أصلًا؛ لعَدمِ مَن يَقبلُ، وأجابَ المَقدِسيُّ بحَملِه علىٰ أنَّه قالَ ذلك لجَمعٍ حضَرَ.

قُلت: يُؤيِّدُه ما في إِجاراتِ «الوَلْوالِجيةِ»: ضاعَ له شَيءٌ فقالَ: مَن دلَّني عليه فله كذا، فالإِجارةُ باطِلةٌ؛ لأنَّ المُستأجَرَ له غيرُ مَعلومٍ، والدَّلالةُ ليسَت

---

(1) **يُنْظَر**: «المختصر الفقهي شرح حدود ابن عرفة» (12/ 365)، و«المعونة» (2/ 119)، و«مواهب الجليل» (7/ 450)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 59)، و«حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (5/ 429)، و«منح الجليل» (8/ 59)، و«المهذب» (1/ 411)، و«البيان» (7/ 407)، و«مغني المحتاج» (3/ 541)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 439)، و«نهاية المحتاج» (5/ 532)، و«النجم الوهاج» (6/ 89)، و«المغني» (6/ 20)، و«الكافي» (2/ 332)، و«شرح الزركشي» (2/ 220)، و«كشاف القناع» (4/ 247، 248)، و«الروض المربع» (2/ 152)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 280، 281)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 208).

بعَملٍ يَستحِقُّ به الأَجرَ، فلا يَجبُ الأَجرُ، وإنْ خصَّصَ بأنْ قالَ لرَجلٍ بعينِه: إنْ دَلَلتَني عليه فلك كذا، إنْ مَشىٰ له ودلَّه يَجبُ أَجرُ المِثلِ في المَشيِ؛ لأنَّ ذلك عَملٌ يُستحَقُّ بعَقدِ الإجارةِ، إلا أنَّه غيرُ مُقدَّرٍ بقَدرٍ فيَجبُ أَجرُ المِثلِ، وإنْ دلَّه بلا مَشيٍ فهو والأوَّلُ سَواءٌ اهـ.

وبه ظهَرَ أنَّه هنا إن خصَّصَ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لكَونِ مَكانُ الردِّ غيرَ مُقدَّرٍ، فيَجبُ أَجرُ المِثلِ، وإنْ عُمِّمَ فباطِلةٌ ولا أَجرَ[1].

الصُّورةُ الثانِيةُ: أنْ يَعملَ على وُجودِ اللُّقطةِ ثُم يَعلمَ أنَّ صاحِبَها قد جعَلَ لمَن وجَدَها جُعْلًا:

اختَلفَ الفُقهاءُ القائِلونَ بجَوازِ الجُعلِ، كما تقَدمَ فيما إذا جعَلَ ربُّ الضالَّةِ جُعلًا علىٰ مَن ردَّ عليه اللُّقطةَ فعمَلَ إنسانٌ وأَتىٰ بها قبلَ أنْ يَبلغَه الجُعلُ، هل يَستحقُّ الجُعلَ أم لا؟

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ وابنُ القاسِمِ مِن المالِكيةِ -على تفصيلٍ عنه سبَقَ في الجُعالةِ- إلىٰ أنَّ مَن قالَ: مَن ردَّ ضالَّتيَ فله كذا فرَدَّه إنسانٌ لَم يَبلغْه نِداؤُه ولا علِمَ بالجُعلِ أنَّه لا يَستحقُّ شَيئًا.

قالَ الشافِعيةُ: لو قالَ: مَن ردَّ آبِقي فله كذا فرَدَّه مَن لَم يَبلغْه نِداؤُه لَم يَستحقَّ شَيئًا؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ، فإنْ قصَدَ العِوضَ لاعتِقادِه أنَّ مِثلَ هذا العَملِ لا يُحبِط لَم يَستحقَّ أيضًا علىٰ المَذهبِ، ولا أثَرَ لاعتِقادِه[2].

(1) «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (4/ 280، 281).
(2) «روضة الطالبين» (4/ 89)، و«البيان» (7/ 410)، و«مغني المحتاج» (3/ 542)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 535).

وقالَ الحَنابِلةُ: مَن فعَلَ العَملَ المُجاعَلَ عليه قبلَ أنْ يَبلغَه الجُّعلُ لَم يَستحقَّ الجُعلَ ولا شَيئًا منه؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بعَملِه، وحرُمَ عليه أَخذُه؛ لأنَّه مِن أكلِ المالِ بالباطِلِ، إلا إنْ تبرَّعَ له به ربُّه بعدَ إعلامِه بالحالِ، وسَواءٌ رَدَّه قبلَ بُلوغِ الجُعلِ أو بعدَه؛ إذ الجُعلُ في مُقابلَةِ العَملِ لا التَّسليمِ، أي: سلَّمَ المَردودَ ونَحوَه[1].

وقالَ المالِكيةُ: إذا قالَ المالِكُ: مَن أتىٰ بعَبدِي الآبقِ أو بَعيرِي الشارِدِ فله كذا، فجاءَ به شَخصٌ لَم يَسمعْ كَلامَه، لكنَّ عادتَه طَلبُ الضَّوالِّ والإباقِ، فإنَّه يَستحقُّ جُعلَ مِثلِه، سَواءٌ كانَ جُعلُ مِثلِه مِثلَ المُسمَّىٰ أو أقلَّ أو أكثرَ مِنه.

فإذا تَخالَفا بعدَ تَمامِ العَملِ في قَدرِ الجُعلِ ولَم يُشبِها فإنَّهما يَتحالَفانِ، ويُرَدُّ العامِلُ إلىٰ جُعلِ مِثلِه، ومَن أَشبَه فالقَولُ قَولُه، وإنْ أشبَها معًا مثلَ ما إذا أَشبَه العامِلِ فيَكونُ القولُ قولَه، ونُكولُهما كحِلفِهما، ويُقضىٰ للحالِفِ علىٰ الناكِلِ.

ولمَن لَم يَسمعْ قولَ المالِكِ «مَن جاءَني بعَبدِيَ الآبِقِ فله كذا» فجاءَ به شَخصٌ ليسَ مِن عادَتِه طَلبُ الضَّوالِّ والإباقِ فإنَّه لا جُعلَ له، وليسَ له إلا النَّفقةُ فقط أي: نَفقةُ الآبِقِ، أي: ما أنفقَه عليه مِن مَأكلٍ ومَركبٍ ولِباسٍ، لا نَفقتَه علىٰ نَفسِه ودابتِه مثلًا في زَمنِ تَحصيلِه[2].

(1) «المغني» (6/ 25)، و«كشاف القناع» (4/ 250)، و«الروض المربع» (2/ 153)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 281)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 208).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 435)، و«المختصر الفقهي» (12/ 365)، =





الحالَةُ الثانِيةُ: أنْ لا يَجعلَ صاحِبُها لمَن ردَّها جُعلًا فيَردَّها إنسانٌ:

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومَن ردَّ لُقطةً أو ضالَّةً أو عمِلَ لغيرِه عَملًا غيرَ ردِّ الآبِقِ بغيرِ جُعلٍ لَم يَستحقَّ عِوضًا **لا نَعلمُ في هذا خِلافًا**؛ لأنَّه عَملٌ يَستحقُّ به العِوضَ معَ المُعاوَضةِ فلا يَستحقّ معَ عَدمِها كالعَملِ في الإجارةِ، فإنْ اختلَفَا في الجُعلِ فقالَ جعَلتَ لي في ردِّ لُقطتِك كذا فأنكرَه المالِكُ فالقَولُ قولُه معَ يَمينِه؛ لأنَّ الأَصلَ معَه.

وإنِ اتفَقَا علىٰ العِوضِ واختلَفَا في قَدرِه فالقَولُ قَولُ المالِكِ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الزائِدِ المُختلَفِ فيه، ولأنَّ القَولَ قولُه في أصلِ العِوضِ فكذلك في قَدرِه كرَبِّ المالِ في المُضارَبةِ، ويَحتمِلُ أنْ يَتحالفَا كالمُتبايعَينِ إذا اختلَفَا في قَدرِ الثَّمنِ والأَجيرِ والمُستأجِرِ إذا اختلَفَا في قَدرِ الأَجرِ، فعلىٰ هذا إنْ تحالَفَا فُسخَ العَقدُ ووجَبَ أَجرُ المِثلِ، وكذلك الحُكمُ إنْ اختلَفَا في المَسافةِ فقالَ: «جعَلتُ لك الجُعلَ علىٰ ردِّها مِن حَلَبَ»، فقالَ: «بل علىٰ ردِّها مِن حِمصَ»، وإنِ اختلَفَا في عَينِ العَبدِ الذي جُعِلَ الجُعلَ في ردِّه فقالَ: «رددتُ العَبدَ الذي شَرطتَ لي الجُعلَ فيه»، قالَ: «بل شَرطتُ لك الجُعلَ في العَبدِ الذي لَم ترُدَّه»، فالقَولُ قَولُ المالِكِ لأنَّه أَعلمُ بشَرطِه ولأنَّه ادَّعىٰ عليه شَرطًا في هذا العَقدِ فأنكرَه والأَصلُ عدمُ الشَّرطِ[1].

=
366)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 64)، و«التاج والإكليل» (4/ 544)، و«تحبير المختصر» (4/ 621)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (9/ 107، 108).

(1) «المغني» (6/ 22)، و«شرح الزركشي» (2/ 220)، و«الإنصاف» (6/ 390، 393)، =

إذا كانَت اللُّقطةُ بيدِ إنسانٍ فجعَلَ له مالِكُها جُعلاً ليردَّها:

ذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والحَنابِلةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّ الإنسانَ إذا وجَدَ ضالَّةً أو لُقطةً آخرَ ثُم جعَلَ صاحِبُها لمَن وجَدَها جُعلًا أنَّه لا يَستحقُّه؛ لأنَّه يَجبُ عليه أنْ يَردَّه إليه.

قالَ الحطابُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ في «النَّوادرِ» في كِتابِ الجُعلِ والإِجارةِ: وإنَّما يَجوزُ الجُعلُ علىٰ طلبِ عبدٍ يَجهلُ مُكانَه.

فأمَّا مَن وجَدَ آبِقًا أو ضالًا أو ثِيابًا فلا يَجوزُ له أَخذُ الجُعلِ علىٰ ردِّه ولا علىٰ أنْ يَدلَّ علىٰ مَكانِه، بل ذلك واجِبٌ عليه[1].

وقالَ التُّسوليّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «البَهجة في شَرحِ التُّحفة»: مَن سُرِقَ له شَيءٌ أو ضاعَ له مَثلًا فالتزَمَ رَبُّه الجُعلَ المُسمَّىٰ بالبِشارةِ اليومَ، فإنَّه يَجوزُ ذلك الالتِزامُ ويُقضىٰ للمُبشِّرِ بأَخذِه بشَرطينِ:

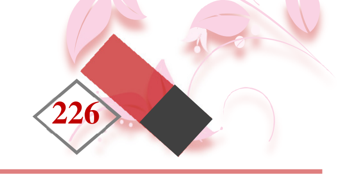
أنْ يَلتزِمَ له ذلك قبلَ وُجودِ المَسروقِ ونَحوِه، وأنْ يَكونَ مَكانُه مَجهولًا، فمَن وجَدَ الآبِقَ أو المَسروقَ أو علِمَ مَكانَهما ثُم جاءَ إلىٰ ربِّه، فطلَبَ أنْ يَلتزِمَ له بالبِشارةِ علىٰ ردِّه أو علىٰ الدَّلالةِ علىٰ مكانِه فلا جُعلَ له وإنْ قبَضَه ردَّه، قالَ في العَملياتِ:

وخُذْ بِشارةً بجُعلٍ جعلا ... قبلَ الوُجودِ والمَكانِ جهلا

=

و«كشاف القناع» (4/ 250)، و«الروض المربع» (2/ 153، 154)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (284، 285).

(1) «مواهب الجليل» (7/ 453، 454).



انظرِ الأنقالَ علىٰ ذلك في شَرحِه، لكنْ ذكَرَ أبو العَباسِ المَلويُّ في بعضِ تَقاييدِه ونحوِه في شَرحِ العَملِ المَذكورِ أنَّ بعضَ قُضاةِ فاسٍ أفتَىٰ بوُجوبِ الحُكمِ بالبِشارةِ مُطلقًا مُراعاةً للمَصالحِ العامَّةِ وخَوفًا مِن ضَياعِ أموالِ المُسلِمينَ بكِتمانِ الضَّوالِّ والمَسروقِ. قالَ: وقد نصَّ العُلماءُ علىٰ أنَّ الفَتوىٰ دائرَةٌ علىٰ مُقتَضىٰ الحالِ وحيثُ أُخذَت البِشارةُ مِن المَسروقِ له، فإنَّه يَرجعُ بها علىٰ السارقِ؛ لأنَّه ظالِمٌ تَسبَّبَ في إغرامِ ربِّ البِشارةِ.
قُلتُ: وهذه الفَتوىٰ جارِيةٌ علىٰ ما تَقدَّمَ عن ابنِ سِراجٍ وغيرِه مِن رَعيِ المَصالحِ وعلىٰ مُقتضاها عامَّةُ المُسلمينَ اليَومَ فلا يَستطيعُ أنْ يَردَّهم عن كِتمانِ الضَّوالِّ رادٌّ إنْ لَم يَأخذُوا البِشارةَ واللهُ أعلَمُ[1].

وقالَ الحَنابلةُ: وإنْ كانَت الضالَّةُ بيدِ إنسانٍ فجعَلَ له مالِكُها جُعلًا ليَردَّها لَم يُبحْ له أخذُه؛ لأنَّه يَجبُ عليه أنْ يَردَّها عليه[2].

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَسألةٌ: قالَ: وإنْ كانَ التقَطَها قبلَ ذلك فرَدَّها لعِلةِ الجُعلِ لَم يَجزْ له أخذُه.

إنَّما كانَ كذلك لأنَّه إذا التقَطَها قبلَ أنْ يَبلُغَه الجُعلُ فقد التَقطَها بغيرِ عوضٍ وعملَ في مالِ غيرِه بغيرِ جُعلٍ، فلا يَستحقُّ شَيئًا كما لو التقَطَها ولَم يَجعلْ رَبُّها فيها شَيئًا وفارَقَ المُلتقِطَ بعدَ بُلوغِه الجُعلَ فإنَّه إنَّما بذَلَ منافِعَه بعِوضٍ جُعلَ له فاستَحقَّه كالأجيرِ إذا عمِلَ بعدَ العَقدِ وسَواءٌ كانَ التِقاطُه

---

(1) «البهجة في شرح التحفة» (2/ 312، 313).
(2) «كشاف القناع» (4/ 248)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 209).

لها بعدَ الجُعلِ أو قبلَه لمَا ذكَرْنا، ولا يَستحقُّ أخذَ الجُعلِ برَدِّها لأنَّ الردَّ واجِبٌ عليه مِن غيرِ عِوضٍ فلَم يَجزْ أخذُ العِوضِ عن الواجِبِ كسائرِ الواجِباتِ، وإنَّما يَأخذُه المُلتقِطُ في مَوضعٍ يَجوزُ له أخذُه عِوضًا عن الالتِقاطِ المُباحِ.

إذا ثبَتَ هذا فإنَّ مُلتقِطَها قبلَ أنْ يَبلغَه الجُعلُ لا يَستحقُّ شَيئًا سَواءٌ ردَّها لعِلةِ الجُعلِ أو غيرِه لأنَّه إذا لَم يَستحقَّه معَ قَصدِ إياه وعَملِه مِن أجلِه فلأنْ لا يَستحقَّه معَ عدمِ ذلك أَولىٰ وإنَّما ذكَرَ الخرقِيُّ ردَّها لعِلةِ الجُعلِ إنْ شاءَ اللهُ ليُنبِّه به علىٰ عَدمِ استِحقاقِه فيما إذا ردَّها لغيرِ علتِه ولأنَّ الحاجَةَ إنَّما تَدعُو إلىٰ مَعرفةِ الحُكمِ فيمَن يُريدُ الجُعلَ، أمَّا مَن ترَكَه ولا يُريدُه فلا يَقعُ التَّنازعُ فيه غالِبًا واللهُ أعلَمُ(1).

وقالَ الشافِعيةُ: لو قالَ: «مَن ردَّ مالِي فله كذا» فرَدَّه مَن كانَ في يدِه نُظرَ:

إنْ كانَ في ردِّه كُلفةٌ كالآبقِ استحَقَّ الجُعلَ، وإنْ لَم يَكنْ كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ فلا؛ لأنَّ ما لا كُلفةَ فيه لا يُقابَلُ بالعِوضِ.

ولو قالَ: مَن دلَّني علىٰ مالِي فله كذا فدلَّه مَن المالُ في يدِه لَم يَستحقَّ شَيئًا؛ لأنَّ ذلك واجِبٌ عليه شَرعًا فلا يَأخذُ عليه عِوضًا.

وإنْ كانَ في يدِ غيرِه فدلَّه عليه استَحقَّ؛ لأنَّ الغالِبَ أنَّه يَلحقُه مَشقةٌ بالبَحثِ عنه(2).

---

(1) «المغني» (6/ 25).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 90، 91).

تَعريفُ اللُّقطةِ:

الكَلامُ في تَعريفِ اللُّقطةِ يَشملُ سِتةَ مَسائلَ:

المَسألةُ الأُولى: حُكمُ تَعريفِ اللُّقطةِ:

تَعريفُ اللُّقطةِ لا يَخلو مِن أَمرينِ:

الأَمرُ الأَولُ: أنْ يَلتقطَها للتَّملُّكِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُلتقِطَ إذا التَقطَ اللُّقطةَ للتَّملُّكِ وجَبَ عليه تَعريفُها؛ لما رواه مسلم عن زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن رسولِ اللّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّهُ قالَ: «**مَن آوىٰ ضالَّةً فهُوَ ضالٌّ ما لم يُعرِّفْهَا**»[1]. فقيَّدَ الضَّلالُ بعدَمِ التَّعريفِ، ولأنَّه إذا التَقطَها فلَم يُعرِّفْها فقد أَضرَّ بصاحِبِها وصارَ سببًا في تَضليلِه عنها فكانَ مُخطئًا ضالًّا عن الحقِّ[2].

الأَمرُ الثانِي: أنْ يَلتقطَها ليَحفظَها على مالِكِها:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ تَعريفِ اللُّقطةِ إذا أخَذَها ليَحفظَها علىٰ صاحِبِها؛ هل يَجبُ عليه التَّعريفُ أم لا؟

---

(1) أخرجه مسلم (1725).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«مجمع الأنهر» (2/ 525)، و«مختصر الوقاية» (2/ 251)، و«الاختيار» (3/ 38)، و«القوانين الفقهية» (1/ 224)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 124)، و«شرح الزرقاني» (4/ 69)، و«مواهب الجليل» (8/ 32)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527)، و«تحبير المختصر» (5/ 36)، و«روضة الطالبين» (4/ 216)، و«النجم الوهاج» (6/ 26)، و«مغني المحتاج» (3/ 512)، و«تحفة المحتاج» (7/ 626)، و«الديباج» (2/ 58 5)، و«المغني» (6/ 4)، و«شرح الزركشي» (2/ 213)، و«الروض المربع» (2/ 160).

فذهَبَ الأَكثرونَ مِن الشافِعيةِ إلىٰ أنَّه إذا أخَذَها ليَحفظَها علىٰ ربِّها أبدًا ولا يَتملكَها لَم يَجبْ عليه التَّعريفُ؛ لأنَّ الشَّرعَ إنَّما أَوجَبَه لَمَّا جعَلَ له التَّملكَ بعدَه، ولأنَّ مالِكَها يَنشدُها فيَعلمُ به آخِذُها للحِفظِ.

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ في قَولٍ رجَّحَه النَّوويُّ وغيرُه والحنابلةُ إلىٰ أنَّه يَجبُ علىٰ المُلتقِطِ أنْ يُعرِّفَ اللُّقطةَ؛ لِما رَواه مُسلمٌ عن زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «مَن آوَىٰ ضالةً فهو ضالٌّ ما لَم يُعرِّفْها»[1].

قالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا دَليلٌ للمَذهَبِ المُختارِ أنَّه يَلزمُه تَعريفُ اللُّقطةِ مُطلقًا، سَواءٌ أرادَ تَملُّكَها أو حِفظَها علىٰ صاحِبِها، وهذا هو الصَّحيحُ[2].

ولأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَ بالتَّعريفِ ولَم يُفرِّقْ بينَ مَن أخَذَها ليَمتلكَها وبينَ مَن أخَذَها ليَحفظَها علىٰ صاحِبِها، ولأنَّ حِفظَها لصاحِبِها إنَّما يُقيَّدُ باتِّصالِها إليه وطَريقةِ التَّعريفِ، أمَّا بَقاؤُها في يدِ المُلتقِطِ مِن غيرِ وُصولِها إلىٰ صاحِبِها فهو وهَلاكُها سِيانِ، ولأنَّ إمساكَها مِن غيرِ تَعريفٍ تَضييعٌ لها عن صاحِبِها فلَم يَجزْ كردِّها إلىٰ مَوضعِها أو إلقائِها في غيرِه، ولأنَّه لو لَم يَجبِ التَّعريفُ لَما جازَ الالتِقاطُ؛ لأنَّ بَقاءَها في مَكانِها إذًا أَقربُ إلىٰ وُصولِها إلىٰ صاحِبِها إمَّا بأنْ يَطلبَها في المَوضعِ الذي ضاعَت فيه

(1) أخرجه مسلم (1725).
(2) «شرح صحيح مسلم» (12/ 28).



فيَجدَها، وإمَّا بأنْ يَجدَها مَن يَعرفُها، وأَخذُه لها يُفوِّت الأَمرينَ فيَحرُمُ، فلمَّا جازَ الالتِقاطُ وجَبَ التَّعريفُ كيلا يَحصلَ هذا الضَّررُ، ولأنَّ التَّعريفَ واجِبٌ علىٰ مَن أَرادَ تَملُّكَها فكذلك علىٰ مَن أَرادَ حِفظَها، فإنَّ التَّمليكَ غيرُ واجبٍ فلا تَجبُ الوَسيلةُ إليه، فيَلزَمُ أنْ يَكونَ الوُجوبُ في المَحلِّ المُتفَقِّ عليه لصِيانتِها عن الضَّياعِ عن صاحِبِها، وهذا مَوجودٌ في مَحلِّ النِّزاعِ.

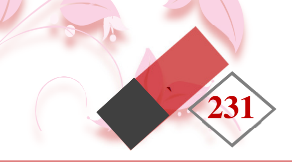
وأمَّا كَونُ مالِكِها يَنشدُها فيَعلمُ به آخِذُها للحفظِ، فأُجيبَ عليه بأنَّها قد تَسقطُ مِن عابِرِ سَبيلٍ ومِمَّن لا يُمكنُه ذلك لعارِضِ مَرضٍ أو جُنونٍ أو حَبسٍ أو مَوتٍ أو غيرِها[1].

لكنْ يُستَثنىٰ مِن التَّعريفِ ما لو كانَ السُّلطانُ ظالِمًا، بحيثُ يَعلمُ أو يَغلبُ علىٰ الظنِّ أنَّه إذا عرَّفَها أخَذَها، فلا يَجوزُ التَّعريفُ حينَئذٍ بل تَكونُ أَمانةً في يدِه، وهل يَتملكُها بعدَ السَّنةِ؟ **فيه قَولانِ للشافِعيةِ**[2].

---

(1) **يُنْظَر**: «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«مجمع الأنهر» (2/ 525)، و«مختصر الوقاية» (2/ 251)، و«الاختيار» (3/ 38)، و«القوانين الفقهية» (1/ 224)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 124)، و«شرح الزرقاني» (4/ 69)، و«مواهب الجليل» (8/ 32)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527)، و«تحبير المختصر» (5/ 36) والبيان» (7/ 525)، و«روضة الطالبين» (4/ 216، 217)، و«النجم الوهاج» (6/ 26)، و«مغني المحتاج» (3/ 512)، و«تحفة المحتاج» (7/ 626)، و«الديباج» (2/ 58 5)، و«المغني» (6/ 4)، و«شرح الزركشي» (2/ 213)، و«الروض المربع» (2/ 160).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 513).



المَسألةُ الثانيةُ: قَدرُ تَعريفِ اللُّقطةِ:

اتَّفق فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ على أنَّ اللُّقطةَ إذا كانَت ذا بالٍ ولها قِيمةٌ تَبلغُ عَشرةَ دَراهمَ فصاعِدًا وجَبَ تَعريفُها حَولًا كامِلًا لخَبرِ الصَّحيحينِ عن زَيدِ بنِ خالدٍ الجُهنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: جاءَ رَجلٌ إلى رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسأَلَه عن اللُّقطةِ فقالَ: «**اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم عرِّفْها سَنةً فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فشَأنَك بها**»، قالَ: فضالَّةُ الغَنمِ، قالَ: «**هي لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ**»، قالَ فضالَّةُ الإبلِ قالَ: «**ما لك ولها معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها تَرِدُ الماءَ وتَأكلُ الشَّجرَ حتى يَلقاها رَبُّها**»[1].

فالنَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَه بعامٍ واحِدٍ، ولأنَّ السَّنةَ لا تَتأخرُ عنها القَوافلُ ويَمضِي فيها الزَّمانُ الذي تُقصَدُ فيه البِلادُ مِن الحَرِّ والبَردِ والاعتِدالِ فصَلُحَت قَدرًا كمُدةِ أَجلِ العِنِّينِ.



ولأنَّ مَن ضاعَ مِنه شيءٌ.. ربَّما لَم يَتمكنْ مِن طَلَبِه في الحالِ لشُغلٍ، أو لأنَّه لَم يَعلمْ إلا بعدَ زَمنٍ، أو لبُعدِه عن المَوضعِ الذي ضاعَ فيه، فلَم يَكنْ بدٌّ مِن مُدةٍ، فقُدِّرَت بسَنةٍ؛ لأنَّه يَمرُّ فيها الفُصولُ الأَربعةُ، ولأنَّ الغالِبَ ممَّن ضاعَ مِنه شيءٌ أنَّه يَتمكنُ مِن طَلَبِه في سَنةٍ، فإذا لَم يوجَدْ له مالِكٌ.. فالظاهِرُ أنَّه لا مالِكَ له.

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).

ولأنَّه لو لَم يُعرِّفْ سَنةً لضاعَت الأَموالُ علىٰ أَربابِها، ولو جعَلَ التَّعريفَ أَبدًا لامتَنعَ النَّاسُ مِن الالتِقاطِ، فكأنَّ في السَّنةِ نَظرًا للفَريقينِ معًا[1].

قالَ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فإنْ قيلَ: فقد رُويَ «عن أُبيِّ بنِ كعبٍ: أنَّه قالَ: وجَدتُ صُرةً فيها مِائةُ دِينارٍ فأتَيتُ بها النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» فعرَّفتُها، ثُم أتَيتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**»، ثُم أتَيتُه فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» فأمَرَه بتَعريفِها ثَلاثةَ أَحوالٍ»؟

قُلنا: عن ذلك أَجوِبةٌ:

أحدُها: أنَّ ابنَ المُنذِرِ قالَ: قد ثبَتَ الإِجماعُ بخِلافِ هذا الحَديثِ، فيُستدَلُّ بالإِجماعِ علىٰ نَسخِه.

وأيضًا فإنَّ له ثَلاثةَ تَأويلاتٍ:

أحدُها: أنَّه عرَّفَها حَولًا وقصَّرَ في تَعريفِها فأمَرَه أنْ يُعيدَ التَّعريفَ، فعرَّفَها حَولًا آخَرَ وقصَّرَ في التَّعريفِ فأمَرَه أنْ يَأتيَ بالتَّعريفِ الكامِلِ حَولًا.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«مجمع الأنهر» (2/ 525)، و«مختصر الوقاية» (2/ 251)، و«الاختيار» (3/ 38)، و«الاستذكار» (7/ 249)، و«القوانين الفقهية» (1/ 224)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 124)، و«شرح الزرقاني» (4/ 69) و«مواهب الجليل» (8/ 32)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527)، و«تحبير المختصر» (5/ 36)، و«شرح السنة للبغوي» (8/ 311)، و«روضة الطالبين» (4/ 216)، و«النجم الوهاج» (6/ 30)، و«مغني المحتاج» (3/ 514)، و«تحفة المحتاج» (7/ 632)، و«الديباج» (2/ 560)، و«المغني» (6/ 4)، و«شرح الزركشي» (2/ 213)، و«الروض المربع» (2/ 160)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 227)، و«منار السبيل» (2/ 302).

والتَّأويلُ الثاني: أنَّه ذكَرَ ذلك لَفظًا فقالَ: «عرِّفْها حولًا»، «عرِّفْها حولًا»، «عرِّفْها حولًا»، لا أنَّه كرَّرَ الأَحوالَ.

والثالِثُ: أنَّه أمَرَه بتَعريفِها حَولًا، فأتاه في بعضِ الحَولِ، فقالَ: «عرِّفْها حَولًا» أي: تمِّمْ الحَولَ، ثُم أتاه قبلَ إِتمامِه أيضًا، فقالَ: «عرِّفْها حَولًا» أي: تمِّمْ الحَولَ[1].

قَليلُ اللُّقطةِ هل يُعرَّفُ سَنةً ككَثيرِها؟

اللُّقطةُ إذا كانَت يَسيرةً لا تَتبعُها النَّفسُ كالتَّمرةِ والكِسرةِ والخِرقةِ وما لا خَطرَ له فلا بَأسَ بأَخذِه والانتِفاعِ به مِن غيرِ تَعريفٍ؛ لمَا رُويَ عن جابِرِ ابنِ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قالَ: «**رخَّصَ لنا رَسولُ اللهِ** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **في العصَا والسَّوطِ والحَبلِ وأَشباهِه يَلتقطُه الرَّجلُ يَنتفعُ به**»[2].

ولمَا رَواه أَنسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قالَ: مرَّ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتَمرةٍ في الطَّريقِ قالَ: «**لولا أنِّي أَخافُ أنْ تكونَ مِن الصَّدقةِ لأكَلتُها**»[3]. فدلَّ هذا الحَديثُ علىٰ إِباحةِ الشيءِ التافِهِ المُلتقَطِ، وأنَّه مَعفوٌّ عنه وخارِجٌ مِن حُكمِ اللُّقطةِ؛ لأنَّ صاحِبَه لا يَطلبُه، فلذلك استَحلَّ النبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكلَ التَّمرةِ لولا شُبهةُ الصَّدقةِ.

---

(1) «البيان» (7/ 526).

(2) حَدِيثٌ ضَعِيفٌ: رواه أبو داود (1717).

(3) أخرجه البخاري (2299)، ومسلم (1071).



قالَ ابنُ قدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا نَعلمُ خِلافًا بينَ أَهلِ العِلمِ في إِباحةِ أَخذِ اليَسيرِ والانتِفاعِ به، وقد رُويَ ذلك عن عُمرَ وعَليٍّ وابنِ عُمرَ وعائِشةَ، وبه قالَ عَطاءٌ وجابرُ بنُ زَيدٍ وطاوُسٌ والنَّخَعيُّ ويَحيىٰ بنُ أَبي كَثيرٍ ومالِكٌ والشافِعيُّ وأَصحابُ الرَّأيِ[1].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفيه -أي الحَديثُ- أنَّ التَمرةَ ونحوَها مِن مُحقَّراتِ الأَموالِ لا يَجبُ تعريفُها، بل يُباحُ أَكلُها والتَّصرفُ فيها في الحالِ؛ لأنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنَّما ترَكَها خَشيةَ أنْ تَكونَ مِن الصَّدقةِ لا لكَونِها لُقطةً، وهذا الحُكمُ مُتفَقٌ عليه، وعلَّلَه أَصحابُنا وغيرُهم بأنَّ صاحِبَها في العادَةِ لا يَطلبُها ولا يَبقىٰ له فيها مَطمعٌ واللهُ أَعلمُ[2].

وقالَ الإمامُ ابنُ الهُمامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنْ كانَت اللُّقطةُ شيئًا يُعلَمُ أنَّ صاحِبَها لا يَطلبُه كالنَّواةِ وقُشورِ الرُّمانِ يَكونُ إلقاؤُه إباحةً، فيَجوزُ الانتِفاعُ بها للواجِدِ بلا تَعريفٍ، وعنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه رَأىٰ تَمرةً في الطَّريقِ فقالَ: «**لَولا أَخشىٰ أنْ تَكونَ مِن تَمرِ الصَّدقةِ لأَكَلتُها**». ولا يُعلَمُ فيه خِلافٌ بينَ العُلماءِ، ولكنْ تَبقىٰ علىٰ مِلكِ مالِكِها حتىٰ إذا وجَدَها في يدِه له أَخذُها؛ لأنَّ الإباحةَ لا تُخرِجُه عن مُلكِ مالِكِه، وإنَّما إلقاؤُها إباحةٌ لا تَمليكٌ؛ لأنَّ التَّمليكَ مِن المَجهولِ لا يَصحُّ[3].

---

(1) «المغني» (6/ 6).

(2) «شرح صحيح مسلم» (7/ 177، 178).

(3) «شرح فتح القدير» (6/ 122)، ويُنْظَر: «تبيين الحقائق» (3/ 304)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 555)، و«بداية المجتهد» (2/ 231)، و«المهذب» (1/ 430).

وقالَ الإمامُ أَبو بكرِ بنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا فيما يُفعلُ باللُّقطةِ اليَسيرةِ.

فرخَّصَت فِرقةٌ في أَخذِها والانتِفاعِ بها، فمِمَّن رَوَينا ذلك عنه عُمرُ بنُ الخَطابِ وعليُّ بنُ أَبي طالِبٍ وابنُ عُمرَ وعائِشةُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ، وعطاءُ بنُ أَبي رباحٍ وطاوُسٌ وجابرُ بنُ زَيدٍ والنُّخَعيُّ ويَحيىٰ بنُ أَبي كَثيرٍ.

وقالَ الحَسنُ بنُ صالِحٍ: تُعرَّفُ العَشرةُ الدَّراهمُ السَّنةَ، وما دونَ العَشرةِ يُعرِّفُها ثَلاثةَ أَيامٍ.

وقالَ الثَّوريُّ في الدَّراهمِ: يُعرِّفُه أَربعًا.

وقالَ أَحمدُ: يُعرِّفُه سَنةً.

وقالَ إِسحاقُ: ما دُونَ الدِّينارِ يُعرِّفُه جمعةً أَو نحوَها.

وأَوجَبَت طائِفةٌ تَعريفَ قَليلِ اللُّقطةِ وكَثيرِها، هذا قَولُ مالِكٍ والشافِعيِّ.

وقالَ أَحمدُ: يُعرَّفُ كلُّ شيءٍ إلا ما لا قِيمةَ له، وبه قالَ إِسحاقُ، وهذا اختِلافٌ مِن قَولِ إِسحاقَ.

وقالَ مالِكٌ في الفَلسِ والقُرصِ والجَوزةِ: يَتصدَّقُ به مِن يَومِه.

قالَ أَبو بَكرٍ: يُعرَّفُ قَليلُ اللُّقطةِ وكَثيرُها علىٰ ظاهِرِ قَولِ النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**عرِّفْها سَنةً**». ولا يَجوزُ أنْ يَستثنيَ مِن أَخبارِ رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا بخَبرٍ مِثلِه.

وقد رَأىٰ رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَمرةً فقالَ: «**لَولا أنْ تَكونَ صَدقةً لأكَلتُها**» فالتَّمرةُ مُستثناةٌ مِن جُملةِ اللُّقطةِ، وما كانَ في مَعناها.



ونَستعمِلُ في سَائِرِ اللُّقطةِ ما سنَّه رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا في تَحديدِ اليَسيرِ الذي لا يُعرَّفُ أو الذي يُعرَّفُ مُدةً أَقل مِن سَنةٍ.

فقالَ الحَنفيةُ: تَعريفُ اللُّقطةِ يَختلفُ بقَدرِها، فإنْ كانَ شيئًا له قِيمةٌ تَبلغُ عَشرةَ دَراهمَ عرَّفَه حَولًا كما تقدَّمَ.

وإنْ كانَ شيئًا أَقلَ مِن عَشرةِ دراهمَ يُعرِّفُه أيامًا علىٰ قَدرِ ما يَرىٰ المُلتقِطُ بحيثُ يَغلبُ علىٰ ظنِّه أنَّ صاحِبَها لا يَطلبُها بَعدَها، وهذه رِوايةٌ عن أَبي حَنيفةَ.

ورَوىٰ الحَسن بنُ زِيادٍ عن أَبي حَنيفةَ أنَّه قالَ: التَّعريفُ علىٰ خَطرِ المالِ إنْ كانَ مِائةً ونَحوَها عرَّفَها سَنةً، وإنْ كانَ عَشرةً ونحوَها عرَّفَها شَهرًا، وإنْ كانَ ثَلاثةً ونحوَها عرَّفَها جُمُعةً -أو قالَ: عَشرةً-، وإنْ كانَ دِرهمًا ونحوَه عرَّفَه ثَلاثةَ أيامٍ، وإنْ كانَ دانقًا ونحوَه عرَّفَه يَومًا، وإنْ كانَ تَمرةً أو كِسرةً تصدَّقَ بها.

وقيلَ: إنَّ هذه المَقاديرَ كلَّها ليسَت بلازِمةٍ، وإنَّما يُعرِّفُها مُدةً يَقعُ بها التَّعريفُ بأنْ يَغلبَ علىٰ ظنِّه أنَّ صاحِبَها لا يَطلبُها بعدَ ذلك وعليه الفَتوىٰ[2].

---

(1) «الإشراف» (6/ 369، 370).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«الهداية» (2/ 175)، و«الاختيار» (3/ 38)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 190، 191)، و«اللباب» (1/ 662).

وقالَ المالِكيةُ: المالُ المُلتقَطُ ثَلاثةُ أَنواعٍ:

1- إما تافِهٌ وهو ما دونَ الدِّرهمِ فهذا لا يُعرَّفُ أَصلًا.

2- وإما كَثيرٌ له بالٌ وهو ما فَوقَ الدِّينارِ فهذا يُعرَّفُ سَنةً.

3- وإما فَوقَ التافِهِ ودُونَ الكَثيرِ الذي له بالٌ وهو الدِّينارُ فأَقلُّ إلى الدِّرهمِ فهذا يُعرَّفُ أيامًا حتى يَغلبَ على الظنِّ أنَّ صاحِبَه ترَكَه، وللمُلتقِطِ التَّصرفُ فيه بعدَ تلك الأَيامِ لا على بَعدِ سَنةٍ، وقيلَ: يُعرَّفُ هذا سَنةً أيضًا، والأَولُ الرَّاجحُ[1].

وقالَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ: المالُ الحَقيرُ أي القَليلُ المُتموَّلُ ولا يُقدَّرُ بشيءٍ في الأَصحِّ بل ما هو ما يَغلبُ على الظنِّ أنَّ فاقِدَه لا يُكثرُ أَسفُه عليه ولا يَطولُ طَلَبُه له غالبًا؛ لأنَّ ذلك دَليلٌ على حَقارتِه، وقُدِّرَ بالدِّينارِ وقُدِّرَ بالدِّرهمِ، والأَصحُّ أنَّه لا يُقدَّرُ بشيءٍ لا يُعرَّفُ سَنةً؛ لأنَّ فاقِدَه لا يَدومُ على طلبِه سَنةً بخِلافِ الخَطيرِ، بل الأَصحُّ أنَّه لا يَلزمُه أنْ يُعرِّفَه إلا زَمنًا يُظَنُّ أنَّ فاقِدَه يُعرِضُ عنه بعدَه غالبًا، فإذا غلَبَ على الظنِّ إعراضُه سقَطَ تَعريفُه، ويَختلفُ ذلك باختِلافِ المالِ، فدَانقُ الفِضةِ يُعرَّفُ في الحالِ، ودَانقُ الذَّهبِ ثَلاثةَ أيامٍ.

(1) «التاج والإكليل» (5/ 35، 36)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 124)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527)، و«تحبير المختصر» (5/ 36)، و«حاشية الصاوي» (2/ 257)، و«بداية المجتهد» (2/ 231).





والثاني مُقابلُ الأَصحِّ يُعرَّفُ سَنةً؛ لعُمومِ الأَخبارِ، ولأنَّها جِهةٌ مِن جِهاتِ التَّملكِ فاستَوَىٰ فيها القَليلُ والكَثيرُ[1].

أمَّا الحَنابِلةُ فقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وليسَ عن أَحمدَ وأَكثرَ مَن ذكَرْنا تَحديدُ اليَسيرِ الذي يُباحُ، وقالَ مالِكٌ وأَبو حَنيفةَ: لا يَجبُ تَعريفُ ما لا يُقطَعُ به السارِقُ وهو رُبعُ دِينارٍ عندَ مالِكٍ وعَشرةُ دَراهِمَ عندَ أَبي حَنيفةَ؛ لأنَّ ما دونَ ذلك تافِهٌ فلا يَجبُ تَعريفُه كالكِسرةِ والتَّمرةِ؛ والدَّليلُ علىٰ أنَّه تافهٌ قولُ عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: «كانُوا لا يَقطعونَ في الشيءِ التافِهِ». ورُويَ عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنَّه وجَدَ دِينارًا فتصرَّفَ فيه، ورَوىٰ الجَوزجانيُّ عن سَلمىٰ بنتِ كَعبٍ قالَت: «وجَدتُ خاتِمًا مِن ذَهبٍ في طَريقِ مَكةَ فسأَلتُ عائِشةَ عنه فقالَت: تَمتَّعي به».

ورَوىٰ أَبو داودُ بإِسنادِه عن جابِرٍ قالَ: «رخَّصَ لنا رَسولُ اللهِ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في العَصاءِ والسَّوطِ والحَبلِ وأَشباهِه يَلتقطُه الرَّجلُ يَنتفعُ به». والحَبلُ قد تَكونُ قيمَتُه دَراهِمَ.

وعن ابنِ ماجَه بإِسنادِه عن سُويدِ بنِ غَفَلةٍ قالَ: «خرَجتُ مع سَلمانَ بنِ رَبيعةَ وزَيدِ بنِ صَوحانَ حتىٰ إذا كُنا بالعذَيبِ التقَطتُ سَوطًا فقالَا لي: أَلقِه، فأبَيتُ، حتىٰ قدِمْنا المَدينةَ أَتيتُ أُبيَّ بنَ كَعبٍ فذكَرتُ ذلك له فقالَ: أَصبتَ»، قالَ التِّرمذيُّ: هذا حَديثٌ حَسنٌ صَحيحٌ، وللشافِعيةِ ثَلاثةُ أَوجهٍ كالمَذاهبِ الثَّلاثةِ.

---

(1) «المهذب» (1/ 430)، و«روضة الطالبين» (4/ 219)، و«النجم الوهاج» (6/ 34)، و«مغني المحتاج» (3/ 514)، و«تحفة المحتاج» (7/ 632)، و«الديباج» (2/ 562 5).

ولَنا: علىٰ إبطالِ تَحديدِه بما ذكَرُوه أنَّ حَديثَ زَيدِ بنِ خالِدٍ عامٌّ في كلِّ لُقطةٍ فيَجبُ إبقاؤُه علىٰ عُمومِه إلا ما خرَجَ مِنه بالدَّليلِ، ولَم يَرِدْ بما ذكَرُوه نَصٌّ ولا هو في مَعنىٰ ما ورَدَ النصُّ به، ولأنَّ التَّحديدَ والتَّقديرَ لا يُعرَفُ بالقِياسِ وإنَّما يُؤخَذُ مِن نصٍّ أو إجماعٍ، وليسَ فيما ذكَرُوه نصٌّ ولا إجماعٌ، وأمَّا حَديثُ عليٍّ فهو ضَعيفٌ رَواه أبو داودَ وقالَ: طُرقُه كلُّها مُضطرِبةٌ، ثُم هو مُخالِفٌ لمَذهبِهم ولسائِرِ المَذاهبِ فتَعينَ حَملُه علىٰ وجهٍ مِن الوُجوهِ غيرِ اللُّقطةِ، إمَّا لكونِه مُضطرًّا إليه أو غيرِ ذلك.

وحَديثُ عائِشةَ قَضيةٌ في عَينٍ لا يُدرىٰ كم قَدرُ الخاتَمِ، ثُم هو قولُ صَحابيٍّ وكذا حَديثُ عَليٍّ، وهم لا يَرونَ ذلك حُجةً، وسائِرُ الأَحاديثِ ليسَ فيها تَقديرٌ، لكنْ يُباحُ أَخذُ ما ذكَرَه النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وخصَّ في أَخذِه مِن السَّوطِ والعَصا والحَبلِ وما في قيمَةِ ذلك، وقدَّرَه الشَّيخُ أَبو الفَرجِ في كِتابِه بما دُونَ القِيراطِ، ولا يَصحُّ تَحديدُه لمَا ذكَرْنا[1].

وقالَ ابنُ مُفلحٍ: وفي المُغنِي: ليسَ عن أَحمدَ تَحديدُ اليَسيرِ الذي يُباحُ والمَعروفُ في المَذهبِ تَقييدُه بما لا تَتبعُه هِمةُ أَوساطِ النَّاسِ ولو كثُرَ، ونصَّ في رِوايةِ أَبي بكرِ بنِ صَدقةَ أنَّه يُعرِّفُ الدِّرهمَ، وقالَ ابنُ عَقيلَ: لا يَجبُ تَعريفُ الدانِقِ، وحمَلَه في التَّلخيصِ علىٰ دانِقِ الذَّهبِ نَظرًا لعُرفِ العِراقِ، وعنه يَلزمُه تَعريفُ اليَسيرِ، وقيلَ مُدةً يُظنُّ طَلَبُ ربِّه له، ولا يَلزمُه دَفعُ بَدلِه خِلافًا للتَّبصرةِ، وقيلَ لأَحمدَ في الثَّمرةِ يَجدُها أو يُلقيها عُصفورٌ

---

(1) «المغني» (6/ 6).

أيأكلُها؟ قالَ: لا، قالَ: يَتصدَّقُ؟ قالَ: لا يَعرِضُ لها، نقَلَه أَبو طالِبٍ، واختارَه عبدُ الوَهابِ الورَّاقُ[1].

وقالَ المَرداويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما لا تَتبعُه الهِمةُ يَعني هِمةَ أَوساطِ النَّاسِ ولو كثُرَ، وهذا المَذهبُ وعليه جَماهيرُ الأَصحابِ، وجزَمَ به في «الوَجيز» وغيرِه، وقدَّمَه في «الفُروع» وغيرِه، ومثَّلَه المُصنِّفُ بالسَّوطِ والشَّسْعِ والرَّغيفِ.

ومثَّلَه في «الإِرشاد و«تَذكِرة ابنِ عَقيلٍ» و«الهِدايَة» و«المُذهَب» و«المُستوعِب» وجَماعةٌ بالتَّمرةِ والكِسرةِ وشِسْعِ النَّعلِ وما أَشبهَه.

ومثَّله في «المُغني» بالعَصا والحَبلِ وما قِيمتُه كقِيمةِ ذلك.

قالَ الحارِثيُّ: ما لا تَتبعُه الهِمةُ، نصَّ الإِمامُ أَحمدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رِوايةِ عبدِ اللهِ وحَنبلٍ أنَّه ما كانَ مِثلَ التَّمرةِ والكِسرةِ والخِرقةِ وما لا خَطرَ له فلا بَأسَ.

وقالَ في رِوايةِ ابنِ مَنصورٍ: الذي يُعرَّفُ مِن اللُّقطةِ كلُّ شيءٍ إلا ما لا قِيمةَ له.

وسُئلَ الإِمامُ أَحمدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ **في رِوايةِ حَربٍ**: الرَّجلُ يُصيبُ الشِّسعَ في الطَّريقِ أيَأخذُه؟ قالَ: إذا كانَ جَيدًا مما لا يُطرَحُ مثلُه فلا يُعجبُني أنْ يَأخذَه، وإنْ كانَ رَديئًا قد طرَحَه صاحِبُه فلا بَأسَ.

قالَ الحارِثيُّ: فكَلامُ الإِمامِ أَحمدَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يُوافِقُ ما قالَ في المُغني، ولا شكَّ أنَّ الحَبلَ والسَّوطَ والرَّغيفَ يَزيدُ علىٰ التَّمرةِ والكِسرةِ، قالَ:

(1) «المبدع» (5/ 274)، و«منار السبيل» (2/ 155).

وسائرُ الأَصحابِ علىٰ ما قالَ الإمامُ أَحمدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذلك كلِّه، ولا أَعلمُ أَحدًا وافَقَ المُصنفَ إلا أَبا الخَطابِ في الشِّسعِ فقط. انتهىٰ.

وقيلَ: هو ما دُونَ نِصابِ السَّرقةِ.

قالَ في الكافِي: ويُحتمِلُ أنْ لا يَجبَ تَعريفُ ما لا يُقطَعُ فيه السارِقُ.

وقيلَ: هو ما دُونَ قِيراطٍ مِن عَينٍ أو وَرِقٍ، اختارَه أَبو الفَرجِ في المبهجِ والإِيضاحِ، وردَّه المُصنِّفُ، وذكَرَ القاضِي وابنُ عَقيلٍ: لا يَجبُ تَعريفُ الدانِقِ.

قالَ الحارِثيُّ: والظاهِرُ أنَّه عَنىٰ دانِقًا مِن ذَهبٍ، وكذا قالَ صاحِبُ التَّلخيصِ.

قالَ في «الرِّعاية»: وقيلَ بل ما فوقَ دانِقِ ذَهبٍ، وقالَ أيضًا: وعنه يُعرِّفُ الدِّرهمُ فأَكثرُ.

فائِدةٌ: لو وجَدَ كَناسٌ أو نَخالٌ أو مُقلِّشٌ قِطعًا صِغارًا مُتفرِّقةً ملَكَها بلا تَعريفٍ وإنْ كَثرَت.

قولُه: فيَملكُ بأَخذِه بلا تَعريفٍ؛ هذا المَذهبُ وعليه الأَصحابُ، ونصَّ عليه الإِمامُ أَحمدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعنه: يَلزمُه تَعريفُه، ذكَرَها أَبو الحُسينِ.

وقيلَ: يَلزمُه تَعريفُه مُدةً يُظنُّ طَلَبُ ربِّه له، اختارَه في الرِّعايةِ[1].

---

(1) «الإنصاف» (6/ 399، 401).

هل التَّعريفُ يَكونُ على الفورِ أم التَّراخِي؟

اختلَفَ الفُقهاءُ في التَّعريفِ هل يُشترطُ أنْ يَكونَ علىٰ الفَورِ أم الواجِبُ هو تَعريفُ سَنةٍ أيًّا كانَت؟

فذهَبَ المالِكيةُ في قَولٍ والشافِعيةُ في الأَصحِّ إلىٰ أنَّه يَجبُ تَعريفُ اللُّقطةِ سَنةً، ولا يُشترطُ أنْ تكونَ عُقيبَ الالتِقاطِ، فمتىٰ عرَّفَها ولو بعدَ سَنةٍ مِن التِقاطِها صَحَّ.

وذهَبَ المالِكيةُ في القَولِ الثاني والشافِعيةُ في مُقابلِ الصحِّ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه يَجبُ تَعريفُها مِن وَقتِ الالتِقاطِ ولا يَجوزُ تَأخيرُ التَّعريفِ، فإنْ أُخِّرَ فتلِفَت ضمِنَها وبَيانُه علىٰ هذا التَّفصيلِ.

قالَ المالِكيةُ: يَجبُ تَعريفُ اللُّقطةِ سَنةً، إلا أنَّهم اختلَفُوا علىٰ قَولينِ فيما لو أخَّرَ التَّعريفَ، فقالَ بَعضُهم: يَجبُ التَّعريفُ عُقيبَ الالتِقاطِ، فلو أخَّرَ التَّعريفَ ضمِنَ؛ لأنَّ ذلك داعِيةٌ إلىٰ إياسِ ربِّها فلا يَتعرضُ إلىٰ طَلبِها، فإنْ ترَكَ تَعريفَها حتىٰ طالَ ضمِنَها.

وفي «**مُعين الحُكامِ**»: فَرعٌ: وإذا أمسَكَ المُلتقِطُ اللُّقطةَ سَنةً ولَم يُعرِّفْها ثُم عرَّفَها في الثانيةِ فهلَكَت ضمِنَها، وكذلك إنْ هلَكَت في السَّنةِ الأُولَىٰ ضمِنَها إذا تبيَّنَ أنَّ صاحِبَها مِن المَوضعِ الذي وُجدَت فيه، وإن كانَ مِن غيرِه فغابَ بُقربِ ضَياعِها ولَم يَقدمْ في الوَقتِ الذي ضاعَت فيه لَم يَضمنْ. انتهىٰ

والثاني: أنَّه إنْ أخَّرَ التَّعريفَ سَنةً ثُم عرَّفه بعدَ ذلك فهلَكَ ضمِنَها؛ لأنَّ الضَّمانَ إذا ضاعَت حالَ التَّعريفِ إنَّما يَكونُ إذا أخَّرَه سَنةً، وأمَّا إنْ أخَّرَه أقَلَ مِن سَنةٍ ثُم شرَعَ في التَّعريفِ فضاعَت فلا ضَمانَ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: المُبادَرةُ بالتَّعريفِ عَقبَ الالتِقاطِ لا تَجبُ علىٰ الأَصحِّ، بل المُعتبَرُ تَعريفُ سَنةٍ متىٰ كانَ.

قالَ البَلقينيُّ: مَحلُّ جَوازِ التَّأخيرِ ما لَم يَغلبْ علىٰ ظنِّ المُلتقِطِ أنَّه يُفوتُ مَعرفةَ المالِكِ بالتَّأخيرِ، فإنْ غلَبَ علىٰ ظنِّه ذلك وجَبَ البِدارُ ولَم يَتعرَّضوا له.

قالَ الخَطيبُ الشِّربينيُّ: وهذا ظاهِرٌ، وإذا لَم يُوجبْ المُبادرةَ يَنبغِي كما قالَ بَعضُ المُتأخِّرينَ أنْ يُؤرِّخَ وُجدانَ اللُّقطةِ في تَعريفِه ويُسندَه إلىٰ وَقتِه، حتىٰ يَكونَ ذلك في مُعاوضةِ ما جَرىٰ منَ التَّأخيرِ المَنسيِّ[2].

وذهَبَ الحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ التَّعريفَ يَجبُ حَولًا مِن حينِ التقَطَها فيُعرِّفُها عُقيبَ الالتِقاطِ في السَنةِ وتَكونُ مُتواليةً في نَفسِها؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَ بتَعريفِها حينَ سُئلَ عنها، والأَمرُ يَقتضِي الفَورَ، ولأنَّ القَصدَ بالتَّعريفِ وُصولُ الخبَرِ إلىٰ صاحِبِها، وذلك يَحصلُ بالتَّعريفِ عُقيبَ ضَياعِها مُتواليًا؛

(1) «مواهب الجليل» (8/ 32)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 124)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 514)، و«روضة الطالبين» (4/ 216).



لأنَّ صاحِبَها في الغالِبِ إنَّما يَتوقَّعُها ويَطلبُها عُقيبَ ضَياعِها، فيَجبُ تَخصيصُ التَّعريفِ به[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ المَقدسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أَخرَ التَّعريفَ عن الحَولِ الأوَّلِ معَ إمكانِه أَثِمَ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ أمَرَ به فيه والأمرُ يَقتضي الوُجوبَ، وقالَ في حَديثِ عِياضِ بنِ حِمارٍ: «لا تَكتمْ ولا تُغيِّبْ». ولأنَّ ذلك وَسيلةٌ إلىٰ أنْ لا يَعرفَها صاحِبُها، فإنَّ الظاهِرَ أنَّه بعدَ الحَولِ يَيأَسُ مِنها ويَسلُو عنها ويَترك طلَبَها.

ويَسقُطُ التَّعريفُ بتَأخيرِه عن الحَولِ الأولِ في المَنصوصِ عن أَحمدَ؛ لأنَّ حِكمةَ التَّعريفِ لا تَحصلُ بعدَ الحَولِ الأولِ، وإنْ ترَكَه في بعضِ الحَولِ عرَّفَ بَقيتَه.

ويَتخرَّج أنْ لا يَسقطَ التَّعريفُ لتَأخرِه؛ لأنَّه واجِبٌ فلا يَسقطُ بتَأخيرِه عن وَقتِه كالعِباداتِ وسائرِ الواجِباتِ، ولأنَّ التَّعريفَ في الحَولِ الثانِي يَحصلُ به المَقصودُ علىٰ نوعٍ مِن القُصورِ فيَجبُ الإتيانُ به؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «**إذا أمَرتُكم بأمرٍ فأْتُوا منه ما استَطَعتُم**». فعلىٰ هذا إنْ أخَّرَ التَّعريفَ بعضَ الحَولِ أتىٰ بالتَّعريفِ في بَقيتِه وأتمَّه مِن الحَولِ الثانِي، وعلىٰ كلا القَولينِ لا يَملكُها بالتَّعريفِ فيما عدا الحَولَ الأوَّلَ؛ لأنَّ شَرطَ المُلكِ التَّعريفُ في الحَولِ الأوَّلِ ولَم يُوجدْ.

---

(1) «المغني» (6/ 4)، و«الكافي» (2/ 353)، و«المبدع» (5/ 281)، و«الروض المربع» (2/ 161).



وهل له أنْ يَتصدَّقَ بها أو يَحبسَها عندَه أبدًا؟ علىٰ رِوايَتينِ.

ويُحتملُ أنْ يَلزمَه دَفعُها إلىٰ الحاكِمِ، كقَولِنا فيما إذا التَقطَ فيما لا يَجوزُ التِقاطُه.

ولو ترَكَ التَّعريفَ في بعضِ الحَولِ الأوَّلِ لَم يَملكْها أيضًا بالتَّعريفِ فيما بعدَه؛ لأنَّ الشَّرطَ لَم يَكمُلْ، وعَدمُ بعضِ الشَّرطِ كعَدمِ جَميعِه، كما لو أَخلَّ ببَعضِ الطَّهارةِ أو ببَعضِ السُّترةِ في الصَّلاةِ.

فصلٌ: وإنْ ترَكَ التَّعريفَ في الحَولِ الأوَّلِ لعَجزِه عنه مثلُ أنْ يَترُكَه لمَرضٍ أو حَبسٍ أو نِسيانٍ ونحوِه ففيه وَجهانِ:

أَحدُهما: أنَّ حُكمَه حُكمُ ما لو ترَكَه معَ إمكانِه؛ لأنَّ تَعريفَه في الحَولِ سَببُ المُلكِ، والحُكمُ يَنتفِي لانتِفاءِ سَببِه، سَواءٌ انتَفَىٰ لعُذرٍ أو غيرِ عُذرٍ.

والثاني: أنَّه يُعرِّفُه في الحَولِ الثاني ويَملكُه؛ لأنَّه لَم يُؤخِّرِ التَّعريفَ عن وَقتِ إمكانِه، فأشبَه ما لو عرَّفَه في الحَولِ الأوَّلِ[1].

هل السَّنةُ تُحسبُ مِن حينِ التَّعريفِ أم مِن وَقتِ الالتِقاطِ؟

قالَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ: لا تَكفي في التَّعريفِ سَنةٌ مُتفرقةٌ بأنْ يُعرِّفَ شَهرينِ مثلًا ويَتركَ شَهرينِ وهكذا؛ لأنَّه إذا فعَلَ هذا لَم تَظهرْ فائِدةُ التَّعريفِ، ولأنَّ المَفهومَ مِن السَّنةِ في قَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «عرِّفْها سَنةً» التَّوالِي، كما لو حلَفَ لا يُكلِّمُ زَيدًا سَنةً، وعلىٰ هذا إذا قطَعَ التَّعريفُ مُدةً وجَبَ الاستِئنافُ مِن جَديدٍ ولا يَبني.

(1) «المغني» (6/ 6، 7).



وفي مُقابِلِ الأَصحِّ وهو اختِيارُ النَّوويِّ أنَّه تكفي السَّنةُ المُفرَّقةُ في التَّعريفِ؛ لإطلاقِ الخبَرِ، وكما لو نذَرَ صَومَ سَنةٍ فإنَّه يَجوزُ تَفريقُها.

وعلىٰ هذا لا بدَّ أنْ يُبينَ في التَّعريفِ زَمانَ الوِجدانِ، حتىٰ يَكونَ ذلك في مُقابلةِ ما جَرىٰ مِن التَّأخيرِ[1].

وذهَبَ الحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ التَّعريفَ يَجبُ حَولًا مِن حينِ التَقطَها فيُعرِّفُها عُقيبَ الالتِقاطِ في السَّنةِ وتَكونُ مُتواليةً في نَفسِها؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَ بتَعريفِها حينَ سُئلَ عنها، والأَمرُ يَقتضي الفَورَ، ولأنَّ القَصدَ بالتَّعريفِ وُصولُ الخبَرِ إلىٰ صاحِبِها، وذلك يَحصُلُ بالتَّعريفِ عُقيبِ ضَياعِها مُتواليًا؛ لأنَّ صاحِبَها في الغالِبِ إنَّما يَتوقعُها ويَطلبُها عُقيبَ ضَياعِها، فيَجبُ تَخصيصُ التَّعريفِ به[2].

المَسألةُ الثالِثةُ: زَمانُ ووقتُ تَعريفِ اللُّقطةِ:

نَصَّ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ زَمانَ تَعريفِ اللُّقطةِ النَّهارُ دونَ اللَّيلِ، فيُعرِّفُها المُلتقِطُ نَهارًا لا لَيلًا؛ لأنَّ النَّهارَ مَجمعُ النَّاسِ ومُلتقاهُم دونَ اللَّيلِ، ولأنَّ العادَةَ جرَت بتَعريفِ اللُّقطةِ بالنَّهارِ دونَ اللَّيلِ، ويُستحَبُّ أنْ يُكثرَ مِنه في أَدبارِ الصَّلواتِ؛ لأنَّ النَّاسَ يَجتمِعونَ لها فيتَّصلُ الخبَرُ بمالِكِها.

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 216، 217)، و«النجم الوهاج» (6/ 32)، و«مغني المحتاج» (3/ 515).

(2) «المغني» (6/ 4)، و«الكافي» (2/ 353)، و«المبدع» (5/ 281)، و«الروض المربع» (2/ 161).

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويَكونُ ذلك في اليَومِ الذي وجَدَها والأُسبوعُ أَكثرُ؛ لأنَّ الطَّلَبَ فيه أَكثرُ، ولا يَجبُ فيما بعدَ ذلك مُتواليًا.

وقد رَوىٰ الجَوزجانِيُّ بإسنادِه عن مُعاويةَ بنِ عبدِ اللهِ عن زَيدٍ الجُهنيِّ قالَ: «نَزلْنا مُناخَ رَكْبٍ فوجَدتُ خِرقةً فيها قَريبٌ مِن مائةِ دِينارٍ، فجِئتُ بها إلىٰ عُمرَ فقالَ: عرِّفْها ثَلاثةَ أَيامٍ علىٰ بابِ المَسجدِ ثُم أَمسكْها حتىٰ قَرنِ السَّنةِ ولا يَفدُ مِن رَكبٍ إلا نَشدتَها وقُلتَ: الذَّهبُ بطَريقِ الشَّامِ، ثُم شَأنُك بها»[1].

المَسألةُ الرابِعةُ: مَكانُ تَعريفِ اللُّقطةِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ مَكانَ تَعريفِ اللُّقطةِ يَكونُ في مَجامعِ النَّاسِ كالأَسواقِ وأَبوابِ المَساجدِ والجَوامعِ.

قالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّعريفُ عندَ جَماعةِ الفُقهاءِ فيما علِمتُ لا يَكونُ إلا في الأَسواقِ وأَبوابِ المَساجدِ ومَواضعِ العامَّةِ واجتِماعِ النَّاسِ[2].

وقالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا مَكانُ التَّعريفِ فالأَسواقُ وأَبوابُ المَساجدِ؛ لأنَّها مَجمعُ النَّاسِ ومَمرُّهم، فكانَ التَّعريفُ فيها أَسرعَ إلىٰ تَشهيرِ الخَبرِ[3].

---

(1) «المغني» (6/ 5)، ويُنْظَر: «الجوهرة النيرة» (4/ 191)، و«البيان» (7/ 527)، و«مغني المحتاج» (3/ 515)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 226).

(2) «التمهيد» (3/ 117).

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 191)، و«البحر الرائق» =

وقالَ الشِّيرازيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويَجبُ أنْ يَكونَ التَّعريفُ في أَوقاتِ اجتِماعِ النَّاسِ كأَوقاتِ الصَّلواتِ وغيرِها وفي المَواضعِ التي يَجتمعُ النَّاسُ فيها كالأَسواقِ وأَبوابِ المَساجِدِ؛ لأنَّ المَقصودَ لا يَحصلُ إلا بذلك، ويُكثرُ مِنه في المَوضعِ الذي وجَدَها فيه؛ لأنَّ مَن ضاعَ مِنه شيءٌ يَطلبُه في المَوضعِ الذي ضاعَ فيه.

ولا يُعرِّفُها في المَساجِدِ؛ لمَا رَوىٰ جابرٌ قالَ: سمِعَ رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجلًا يَنشدُ ضالَّةً في المَسجدِ فقالَ له النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا وَجدْتَ**». وذلك لأنَّه كانَ يَكرَه أنْ تُرفعَ فيه الأَصواتُ[1].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّعريفُ أنْ يَنشُدَها في المَوضعِ الذي وجَدَها فيه وفي الأَسواقِ وأَبوابِ المَساجدِ ومَواضعِ اجتِماعِ النَّاسِ، فيَقولُ: «مَن ضاعَ مِنه شيءٌ؟ مَن ضاعَ مِنه حَيوانٌ؟ مَن ضاعَ مِنه دَراهمُ؟» ونحوَ

=

(5/ 164)، **وقالَ ابنُ نجيمٍ الحَنفيُّ**: قالَ السَّرخسيُّ: حُكي أنَّ بعضَ العُلماءِ ببلخ وجدَ لُقطةً وكانَ مُحتاجًا إليها وقد قالَ في نفسِه: لا بدَّ من تَعريفِها ولو عرَّفتُها في المصرِ ربما يَظهرُ صاحبُها، فخرجَ من المصرِ حتىٰ انتَهىٰ إلىٰ رأسِ بئرٍ فدلَّىٰ رأسَه في البئرِ وجعَلَ يَقولُ: وجَدتُ كذا فمن سمِعتُموه ينشدُ ذلك فدلوه عليَّ، وبجنبِ البئرِ رجلٌ يرقعُ شَملتَه وكانَ صاحبَ اللُّقطةِ، فتعلقَ به حتىٰ أخذَها منه، ليعلمَ أنَّ المَقدورَ كائنٌ لا مَحالةَ فلا يَنبَغي له أن يتركَ ما لزِمَه شرعًا وهو إظهارُ التَّعريفِ، قالَ النبيُّ: لا يَكثرْ همُّك ما يُقدرُ يكونُ وما تُرزقُ يَأتيك. اهـ

وهو خطأٌ من هذا المُلتقطِ؛ لأنَّ هذا ليسَ بتَعريفٍ اتِّفاقًا. «البحر الرائق» (5/ 164).

(1) «المهذب» (1/ 430)، و«البيان» (7/ 527).

ذلك، ويُكرِّرُ ذلك بحَسبِ العادَةِ، قالَ أَصحابُنا: فيُعرِّفُها أولًا في كلِّ يومٍ ثُم في الأُسبوعِ ثُم في أَكثرَ مِنه[1].

وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَكانُ التَّعريفِ هو الأَسواقُ وأَبوابُ المَساجِدِ والجَوامعِ في الوَقتِ الذي يَجتمِعونَ فيه كأَدبارِ الصَّلواتِ في المَساجِدِ وكذلك في مَجامعِ النَّاسِ؛ لأنَّ المَقصودَ إِشاعةُ ذِكرِها وإِظهارُها ليَظهرَ عليها صاحِبُها، فيَجبُ تَحرِّي مَجامعِ النَّاسِ.

ولا يَنشدُها في المَسجِدِ؛ لأنَّ المَسجدَ لَم يُبنَ لهذا، وقد رَوىٰ أبو هُريرةَ عن النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**مَن سمِعَ رَجلًا يَنشدُ ضالَّةً في المَسجدِ فليَقلْ: لا ردَّها اللهُ عليك، فإنَّ المَساجدَ لَم تُبنَ لهذا**»[2]. وأمَرَ عُمرُ واجِدَ اللُّقطةِ بتَعريفِها علىٰ بابِ المَسجدِ[3].

المَسألةُ الخامِسةُ: مَن يَتولَى تَعريفَ اللُّقطةِ وأُجرةُ التَّعريفِ:

نصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ أنَّه لا يَجبُ علىٰ الإِنسانِ أنْ يَتولىٰ التَّعريفَ بنَفسِه، بل يَجوزُ أنْ يُولِّيَ غيرَه التَّعريفَ، وكذا اتَّفقُوا علىٰ أنَّ المُلتقِطَ إذا تبَرعَ بالتَّعريفِ فلا رُجوعَ له علىٰ المالِكِ، إلا أنَّهم اختلَفُوا إذا كانَت اللُّقطةُ تَحتاجُ إلىٰ مُؤنةٍ في تَعريفِها ولَم يَتبرعْ به، هل تَكونُ الأُجرةُ علىٰ المالِكِ

(1) «شرح صحيح مسلم» (12/ 22).

(2) أخرجه مسلم (568).

(3) «المغني» (6/ 5)، و«الكافي» (2/ 353).

ربِّ اللُّقطةِ أم علىٰ المُلتقِطِ؟ أم تكونُ عليه إذا كانَ أخذَها للتَّملُّكِ وعلىٰ ربِّها إنْ أخذَها للحِفظِ؟

قالَ المالِكيةُ: المُلتقِطُ إذا كانَ مِن ذَوي الهَيئاتِ جازَ له أنْ يُعرِّفَها بنَفسِه أو بمَن يَثقُ بأَمانتِه، وإنْ كانَ دونَه في الأَمانةِ أو يَستأجِرُ مِنها مَن يُعرِّفُها، وإذا دفعَها إلىٰ مَن يَثقُ به فضاعَت فلا ضَمانَ عليه.

وأمَّا إنْ كانَ مِثلُه يَلي هذا بنفسِه فلا يَدفعُها لمَن يُعرِّفُها ولا يَستأجِرُ مَن يُعرِّفُها مِنها، بل يَستأجِرُ مَن يُعرِّفُها مِن مالِ نَفسِه؛ لأنَّه بالتِقاطِه كالمُلتزِمِ لتَعريفِها، فإنْ استَأجَرَ وضاعَت مِنه ضمِنَها، وهذا ما مَشىٰ عليه خَليلٌ، وقد تبِعَ فيه ابنَ الحاجِبِ التَّابعَ فيه ابنَ شاسٍ.

وظاهِرُ كَلامِ اللَّخمِيِّ عن ابنِ شَعبانَ أنَّ للمُلتقِطِ أنْ يَدفعَها لمَن يُعرِّفُها بأُجرةٍ مِنها وإنْ كانَ يَلي تَعريفَها بنَفسِه إذا لَم يَلتزِمْه.

قالَ المَواقُ: قالَ اللَّخمِيُّ: هو مُخيَّرٌ بينَ أَربعٍ، بينَ أنْ يُعرِّفَها بنَفسِه، أو يَدفعَها إلىٰ السُّلطانِ إذا كانَ عَدلًا وكانَ لا يَتشاغلُ عن تَعريفِها، أو إلىٰ مَأمونٍ يَقومُ مَقامَه فيها، أو يَستأجِرَ عليها مَن يُعرِّفُها.

وأَجازَ ابنُ شَعبانَ أنْ يَستأجِرَ مِنها عليها، يُريدُ إذا لَم يَلتزِمْ تَعريفَها وكان مِثلُه لا يَلي مثلَ ذلك.

ابنُ يُونسَ: قالَ ابنُ القاسِمِ: إذا دفعَ المُلتقِطُ اللُّقطةَ إلىٰ غيرِه ليُعرِّفَ بها فضاعَت فلا شيءَ علىٰ المُلتقِطِ، وقالَه ابنُ نافعٍ عن مالِكٍ.



قالَ ابنُ كِنانةَ: وكذلك لو دفَعَها إليه ليَعملَ بها ما شاءَ.

ابنُ يُونسَ: وهذا بخِلافِ الوَديعةِ التي لَم يَرضَ ربُّها إلا أَمانتَه فلا يَدفعُها لغيرِه إلا مِن عُذرٍ[1].

وقالَ العِمرانِيُّ الشافِعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا مَن يَتولَّىٰ التَّعريفَ: فإنَّ الواجِدَ يَتولَّىٰ التَّعريفَ بنَفسِه، وإنْ تَطوَّعَ رَجلٌ بتَعريفِها جازَ، وإنْ لَم يَجدْ مَن يَتطوَّعُ عنه بالتَّعريفِ فعليه أنْ يَستأجِرَ مِن مالِه مَن يُعرِّفُها؛ لأنَّ هذا سَببٌ للتَّملُّكِ، والتَّملُّكُ له، فكانَت الأُجرةُ عليه.

وإنْ دفَعَها المُلتقِطُ إلىٰ القاضِي ليُعرِّفَها القاضِي عنه أو دفَعَها إلىٰ أَمينٍ بأَمرِ القاضِي جازَ، وإنْ دفَعَها إلىٰ أَمينٍ ليُعرِّفَها عنه بغيرِ أَمرِ القاضِي ففيه وَجهانِ، حَكاهما المَسعوديُّ:

أحدُهما: ليسَ له ذلك؛ لأنَّها أَمانةٌ في يدِه فلَم يَكنْ له إخراجُها مِن يدِه بغيرِ إذنِ المالِكِ والقاضِي مِن غيرِ ضَرورةٍ كالوَديعةِ.

والثاني: له ذلك؛ لأنَّ صاحِبَ الشَّرعِ قد جعَلَه وَليًّا علىٰ هذه اللُّقطةِ، فصارَ كتَصرُّفِ الأَبِ في مالِ الابنِ[2].

قالَ الشافِعيةُ: المُلتقِطُ إمَّا أنْ يَأخذَ اللُّقطةَ للحِفظِ علىٰ مالِكِها أبدًا، وإمَّا أنْ يَأخذَها ليَتملكَها.

---

(1) «التاج والإكليل» (5/ 37)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 125)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 527، 528)، و«الشرح الصغير» (9/ 259)، و«تحبير المختصر» (5/ 37).

(2) «البيان» (7/ 529، 530).

فإنْ أخذَها ليَحفظَها علىٰ مالِكِها فإنَّ مُؤنةَ التَّعريفِ لا تَجبُ عليه، بل يُرتِّبُها القاضِي مِن بَيتِ المالِ، فيَرفعُ الأَمرَ إلىٰ القاضِي ليَبذُلَ أُجرتَه مِن بَيتِ المالِ أو يَقترضَ علىٰ المالِكِ، أو يَأمرَ المُلتقِطَ به ليَرجعَ كما في هَربِ الجمالِ، أو أنْ يَبيعَ بَعضَها فيه؛ لأنَّ القَصدَ بأَخذِها رِعايةُ مَصلحةِ المالِكِ.

وهذا علىٰ القَولِ أنَّه يَجبُ التَّعريفُ إذا أَخذَها للحِفظِ علىٰ مالِكِها.

وأمَّا علىٰ القَولِ الآخرِ أنَّه لا يَجبُ عليه التَّعريفُ إذا أخذَها للحِفظِ علىٰ مالِكِها فالمُلتقِطُ مُتبرِّعٌ إنْ عرَّفَ، وللقاضِي أنْ يَأمرَ المَلتقِطَ بصَرفِ المُؤنةِ مِن مالِه ليَرجعَ علىٰ المالِكِ، أو يَبيعَ بَعضَها إنْ رآه كما لو هرَبَ الجمالُ.

وإنْ أخذَها للتَّملُّكِ واتصَلَ الأَمرُ بالتَّملُّكِ فمُؤنةُ التَّعريفِ علىٰ المُلتقِطِ قَطعًا.

وإنْ ظهَرَ مالِكُها، فهل هي علىٰ المُلتقِطِ لقَصدِه التَّملُّكَ أم علىٰ المالِكِ لعَودِ الفائدةِ إليه؟ فيه وَجهانِ، أَصحُّهما أَولُهما: أنَّها علىٰ المُلتقِطِ.

ولو قصَدَ الأَمانةَ أولًا ثُم قصَدَ التَّملُّكَ ففيه الوَجهانِ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للمُلتقِطِ أنْ يَتولىٰ تَعريفَ اللُّقطةِ بنَفسِه، وله أنْ يَستنيبَ فيه، فإنْ وجَدَ مُتبرِّعًا بذلك وإلا إنْ احتاجَ إلىٰ أَجرٍ فهو علىٰ المُلتقِطِ، وبهذا قالَ الشافِعيُّ وأَصحابُ الرَّأيِ، واختارَ أَبو

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 217)، ويُنْظَر: «أسنىٰ المطالب» (2/ 492)، و«النجم الوهاج» (6/ 33)، و«مغني المحتاج» (3/ 515، 516)، و«الديباج» (2/ 562).

الخَطابِ أنَّه إنْ قصَدَ الحِفظَ لصاحِبِها دونَ تَملُّكِها رجَعَ بالأَجرِ علىٰ مالِكِها، وكذلك قالَ ابنُ عَقيلٍ فيما لا يُملكُ بالتَّعريفِ؛ لأنَّه مِن مُؤنةِ إِيصالِها إلىٰ صاحِبِها، فكانَ علىٰ مالِكِها كأَجرِ مَخزنِها ورَعيِها وتَجفيفِها.

ولنا أنَّ هذا أَجرٌ وَاجبٌ علىٰ المُعرِّفِ، فكانَ عليه كما لو قصَدَ تَملُّكَها، ولأنَّه لو ولِيَه بنَفسِه لَم يَكنْ له أَجرٌ علىٰ صاحِبِها، فكذلك إذا استَأجَرَ عليه لا يَلزمُ صاحِبُها شيءٌ، ولأنَّه سَببٌ لِملكِها فكانَ علىٰ المُلتقِطِ كما لو قصَدَ تَملُّكَها.

وقالَ مالِكٌ: إنْ أَعطىٰ مِنها شيئًا لمَن عرَّفَها فلا غُرمَ عليه، كما لو دفَعَ مِنها شيئًا لمَن جفَّفَها، وقد ذكَرْنا الدَّليلَ علىٰ ذلك[1].

وقالَ ابنُ مُفلحٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأَجرُ المُنادي عليه -أي علىٰ المُلتقِطِ- نصَّ عليه؛ لأنَّه سَببٌ فكانَت الأُجرةُ عليه، كما لو اكترَىٰ شَخصًا يَقطعُ له مُباحًا، فلو تَولَّىٰ ذلك بنَفسِه فلا شيءَ له.

وقالَ أَبو الخَطابِ: ما لا يُملكُ بالتَّعريفِ وما يُقصدُ حِفظُه لمالِكِه يَرجعُ بالأُجرةِ عليه؛ لأنَّه مِن مُؤنةِ إِيصالِها إليه، فكانَ علىٰ مالِكِها كأُجرةِ مُخزِّنِها وراعِيها، ونُسبَ في «المُغني» و«الشَّرح» ما لا يُملكُ بالتَّعريفِ إلىٰ ابنِ عَقيلٍ وما يُقصدُ حِفظُه إلىٰ أَبي الخَطابِ، وعندَ الحَلوانِيِّ وابنِه مِنها كمُؤنةِ التَّجفيفِ، وقيلَ مِنها إنْ لَم يَملِكْ، وذكَرَه في «الفُنون» ظَاهرُ كَلامِ أَصحابِنا[2].

(1) «المغني» (6/ 5).
(2) «المبدع» (5/ 282).





المَسألةُ السادِسةُ: كَيفيةُ تَعريفِ اللُّقطةِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في كَيفيةِ تَعريفِ اللُّقطةِ، هل يَذكرُ جِنسَ اللُّقطةِ أو نَوعَها أو صِنفَها، أم لا يَجوزُ له أنْ يَذكرَ هذا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ في قَولٍ والشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ أنْ يَذكرَ جِنسَ اللُّقطةِ فيَقولُ: «مَن ضاعَ له دَنانيرُ؟»، وله أنْ يَذكرَ عِفاصَها ووِكاءَها؛ لأنَّ في ذِكرِ الجِنسِ أو النَّوعِ أو العِفاصِ أو الوِكاءِ ما يُؤدِّي إلىٰ انتِشارِ ذلك بينَ النَّاسِ، فيَكونُ أَقربَ إلىٰ الظَّفرِ بالمالِكِ، ولا يَستوفِيها لئلَّا يَتعمدَّها كاذبٌ، فإنْ استَوفَاها حرُمَ عليه، وهل يَضمنُها؟ **قَولانِ عندَ الشافِعيةِ: أَصحُّهما**: يَضمنُها؛ لأنَّه قد يَرفعُه إلىٰ مَن يَلزمُه الدَّفعُ بالصِّفاتِ.

والثاني: لا يَصيرُ ضامِنًا بذلك؛ لأنَّه لا يَجبُ عليه الدَّفعُ بمُجردِ الصِّفةِ[1].

قالَ الحَنابِلةُ: كَيفيةُ التَّعريفِ أنْ يَذكرَ جِنسَها لا غيرَ، فيَقولُ: مَن ضاعَ مِنه ذَهبٌ أو فِضةٌ أو دَنانيرُ أو ثِيابٌ ونحوُ ذلك؛ لقَولِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لواجِدِ الذَّهبِ بطَريقِ الشام «ولا تَصفْها»؛ لأنَّه لو وصَفَها لعلِمَ صِفتَها مَن يَسمعُها فلا تَبقىٰ صِفتُها دَليلًا علىٰ مُلكِها لمُشاركةِ غيرِ المالِكِ المالكَ في ذلك، ولأنَّه لا يَأمنُ أنْ يَدَّعيَها بعضُ مَن سمِعَ صِفتَها التي يَجبُ دَفعُها بها فيَأخذَها وهو لا يَملكُها، فتَضيعُ علىٰ مالِكِها، فإذا أطنَبَ في الصِّفاتِ فهو ضامِنٌ[2].

(1) «البيان» (7/ 529)، و«روضة الطالبين» (4/ 217)، و«النجم الوهاج» (6/ 33)، و«مغني المحتاج» (3/ 515، 516)، و«الديباج» (2/ 562).

(2) «المغني» (6/ 5)، و«الكافي» (2/ 353)، و«المبدع» (5/ 282).

وذهَبَ المالِكيةُ في المَذهبِ والشافِعيةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه لا يُعرِّفُ جِنسَها أو قَدرَها أو صِفتَها، بل يَذكرُها بوَصفٍ عامٍّ يُلفقُ اسمَها معَ غيرِها، ويَقولُ: يا مَن ضاعَ له مالٌ أو شيءٌ، يَذكرُ أَمارتَه ويَأخذُه، أو يَقولُ: وجَدتُ شيئًا أو لُقطةً؛ لأنَّه إذا ذكَرَ جِنسَها انساقَ ذِهنُ بعضِ الحُذاقِ إلىٰ قَدرِها أو ما تُجعلُ فيه أو ما تُربطُ به، وأَولىٰ أنْ لا يَذكرَ نَوعَها (فُلوسٌ) كذَهبٍ أو فِضةٍ، ولا صِفتَها كرِيالاتٍ أو جُنيهاتٍ أو ليراتٍ[1].

الحُكمُ إذا أَتى صاحِبُ اللُّقطةِ:

صاحِبُ اللُّقطةِ إما أنْ يَأتِيَ في أَثناءِ الحَولِ وإما أنْ يَأتِيَ بعدَ الحَولِ.

أولاً: إذا أَتى صاحِبُ اللُّقطةِ في أَثناءِ الحَولِ:

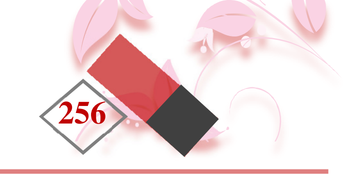
إذا أَتىٰ صاحِبُ اللُّقطةِ وعرَّفَها فهذا لا يَخلو مِن حالَتينِ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَأتِيَ ببَينةٍ ويُعرِّفَ عِفاصَها ووِكاءَها:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ صاحِبَ اللُّقطةِ إذا أَتىٰ في أَثناءِ الحَولِ فعرَّفَ اللُّقطةَ وأَقامَ البَينةَ عليها وجَبَ دَفعُها إليه؛ لحَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهَنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: سُئلَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن اللُّقطةِ فقالَ: «**عرِّفْها سَنةً، فإنْ لَم تُعترَفْ فاعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم كُلْها، فإنْ جاءَ صاحِبُها فأَدِّها إليه**»[2].

(1) «التاج والإكليل» (5/ 37، 38)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 125)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 528)، و«الشرح الصغير» (9/ 290)، و«تحبير المختصر» (5/ 38).

(2) أخرجه مسلم (1722).



وفي رِوايةٍ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها فعرَفَ عِفاصَها وعَددَها ووِكاءَها فأَعطِها إياه، وإلا فهي لك**»[1].

الحالَةُ الثانِيةُ: أنْ يَأتيَ بعَلامةٍ ويَصفَها بصِفاتِها دونَ البَينةِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الرَّجلِ يَأتِي بعَلامةٍ ولَم يَأتِ ببَينةٍ، هل يَجبُ دَفعُ اللُّقطةِ له أم لا يَجبُ؟ وهل يَجوزُ الدَّفعُ بالعَلامةِ دونَ البَينةِ أم لا يَجوزُ؟

فذهَبَ المالِكيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا يُشترطُ البَينةُ، بل تَكفِي العَلامةُ، ويَجبُ علىٰ مَن أَتىٰ بعَلامةٍ أنْ تُدفعَ إليه.

قالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا في دَفعِ اللُّقطةِ إلىٰ مَن جاءَ بالعَلامةِ دونَ بَينةٍ، فقالَ مالِكٌ: تُستحَقُّ بالعَلامةِ، قالَ ابنُ القاسِمِ: ويُجبَرُ علىٰ دَفعِها إليه، فإنْ جاءَ مُستحَقٌّ فاستَحقَّها ببينةٍ لَم يَضمنْ المُلتقِطُ شيئًا. قالَ مالِكٌ: وكذلك اللُّصوصُ إذا وُجدَ معَهم أَمتعةٌ فجاءَ قَومٌ فادَّعَوها وليسَت لهم بَينةٌ أنَّ السُّلطانَ يَتلوَّمُ في ذلك، فإنْ لَم يأتِ غيرُهم دفَعَها إليهم، وكذلك الآبِقُ، وهو قَولُ اللَّيثِ بنِ سَعدٍ والحَسنِ بنِ حيٍّ أنَّها تُدفعُ لمَن جاءَ بالعَلامةِ، والحُجةُ لمَن قالَ بهذا القَولِ قَولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها وعِدتَها، فإنْ جاءَ صاحِبُها فعرَفَها فادفَعْها إليه**» وهذا نصٌّ في مَوضعِ الخِلافِ يُوجبُ طَرحَ ما خالَفَه[2].

---

(1) أخرجه مسلم (1722).

(2) «التمهيد» (3/ 120).



وقالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا جاءَ طالِبُ اللُّقطةِ وأعطىٰ عَلامةَ العِفاصِ والوِكاءِ دُفعَت إليه بغيرِ بَينةٍ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ والشافِعيُّ: لا تُدفعُ إلا ببَينةٍ.

فدَليلُنا قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي سأَلَه عنِ اللُّقطةِ: «**اعرِفْ عِفاصَها وِوكاءَها ثُم عرِّفْها سَنةً، فإنْ جاءَ صاحِبُها فعرَّفَ عِفاصَها ووِكاءَها فادفَعْها إليه**» ورُويَ: «**فإنْ جاءَ باغِيها فادفَعْها إليه**»، ولأنَّ البَيِّناتِ تَترتبُ في الأُصولِ علىٰ حسبِ الأَحوالِ المَشهودِ فيها وما تَدعو الحاجَةُ إليه، فيُجوزُ في الضَّرورةِ ما لا يَجوزُ في غيرِها، وفي هذا المَوضعِ تَدعو الضَّرورةُ إلىٰ ذلك؛ لأنَّ البَينةَ لا تَقوَىٰ علىٰ ما يَضيعُ، ولا علىٰ صِفةِ أَموالِهم في كلِّ حالٍ، فلو كلَّفنَاهم البَينةَ لأدَّىٰ إلىٰ تَركِ انتِفاعِ النَّاس بأَموالِهم[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ جاءَ ربُّها فوصَفَها له بصِفاتِها المَذكورةِ ولو بعدَ الحَولِ دُفعَت إليه بلا بَينةٍ، وسَواءٌ غلَبَ علىٰ ظنِّه صِدقُه أو لَم يَغلبْ؛ لأنَّ في حَديثِ أُبيِّ بنِ كعبٍ قالَ: «**اعلَمْ عِدتَها، ووِعاءَها، ووِكاءَها، فإنْ جاءَ أَحدٌ يُخبرُك بعِدتِها، ووِعائِها، ووِكائِها، فأَعطِها إياه، وإلا فاستَمتِعْ بها**» رَواه أَحمدُ ومُسلمٌ والتِّرمِذيُّ.

وفي حَديثِ زَيدٍ: «**فإنْ جاءَ طالِبُها يَومًا مِن الدَّهرِ فأدِّها إليه**» وفي رِوايةٍ فيه: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها فعرَفَ عِفاصَها وعَدَدَها ووِكاءَها فأَعْطِها إياه،**

(1) «الإشراف» (3/ 266، 267)، رقم (1109).



وإلا فهي لك»[1]. يعني إذا ذكَرَ صِفاتَها؛ لأنَّ ذلك هو المَذكورُ في صَدرِ الحَديثِ، ولَم يَذكرْ البَينةَ في شيءٍ مِن الحَديثِ، ولو كانَت شَرطًا للدَّفعِ لَم يَجزْ الإخلالُ به، ولا أمرَ بالدَّفعِ بدونِه، ولأنَّ إقامةَ البَينةِ علىٰ اللُّقطةِ تَتعذرُ؛ لأنَّها إنَّما سقطَت حالَ الغَفلةِ والسَّهوِ فتَوقيفُ دَفعِها مَنعٌ لوُصولِها إلىٰ صاحِبِها أبدًا، وهذا يُفوتُ مَقصودَ الالتِقاطِ ويُفضي إلىٰ تَضييعِ أموالِ النَّاسِ، وما هذا سَبيلُه يُسقطُ اعتبارَ البَينةِ فيه كالإنفاقِ علىٰ اليَتيمِ.

وقَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**البَينةُ علىٰ المُدعِي**» يَعني إذا كانَ ثَم مُنكِرٌ؛ لقَولِه في سِياقِه: «**واليَمينُ علىٰ مَن أنكرَ**» ولا مُنكِرَ ها هنا، علىٰ أنَّ البَينةَ تَختلفُ، وقد جعَلَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَينةَ مُدعي اللُّقطةِ وَصفَها، فإذا وصَفَها فقد أقامَ بَينتَه، وقِياسُ اللُّقطةِ علىٰ المَغصوبِ غيرُ صَحيحٍ، فإنَّ النِّزاعَ ثَم في كَونِه مَغصوبًا والأصلُ عَدمُه، وقَولُ المُنكِرِ يُعارضُ دَعواه، فاحتِيجَ إلىٰ البَينةِ، وها هنا قد ثبَتَ كَونُ هذا المالُ لُقطةً وأنَّ له صاحِبًا غيرَ مَن هو في يدِه، ولا مُدعيَ له إلا الواصِفُ، وقد ترجَّحَ صِدقُه فيَنبَغي أنْ يُدفعَ إليه[2].

وقالَ الحَنفيةُ: إذا حضَرَ رَجلٌ فادَّعىٰ اللُّقطةَ لَم تُدفعْ إليه حتىٰ يُقيمَ البَينةَ؛ لأنَّه مُدَّعٍ فلا يُصدَّقُ بغيرِ بَينةٍ، ولأنَّ اليدَ حَقٌّ مَقصودٌ كالمُلكِ فلا يُستحقُّ إلا بحُجةٍ، وهو البَينةُ اعتِبارًا بالمُلكِ، إلا أنَّه يَحلُّ له الدَّفعُ

---

(1) أخرجه مسلم (1722).

(2) «المغني» (6/ 12، 13)، و«شرح الزركشي» (2/ 218).

عندَ إِصابةِ العَلامةِ؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها وعرَّفَ عِفاصَها وعَددَها فادفَعْها إليه**»، وهذا للإِباحةِ؛ عَملًا بالمَشهورِ وهو قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**البَينةُ علىٰ المُدعِي...**» الحَديثُ.

فإنْ أعطىٰ عَلامتَها حَلَّ للمُلتقِطِ أنْ يدفعَها إليه، ولا يُجبَرُ علىٰ ذلك في القَضاءِ، ويأخذُ منه كَفيلًا إذا كانَ يَدفعُه إليه استيثاقًا، وهذا بلا خِلافٍ؛ لأنَّه يَأخذُ الكَفيلَ لنَفسِه.

وإذا صدَّقَه قيلَ لا يُجبرُ علىٰ الدَّفعِ كالوَكيلِ بقَبضِ الوَديعةِ إذا صدَّقَه.

وقيلَ يُجبرُ؛ لأنَّ المالِكَ ها هنا غيرُ ظاهِرٍ، والمُودِعُ مالِكٌ ظاهِرًا.

والعَلامةُ: أنْ يُسمِّيَ وَزنَ الدَّراهِمِ، وعَددَها، ووِكاءَها، ووِعاءَها.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا جاءَ صاحِبُها وأقامَ البَينةَ أنَّها مِلكُه أخذَها؛ لقَولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن وجَدَ عَينَ مالِه فهو أَحقُّ به**».

وإنْ لَمْ يُقِمِ البَينةَ ولكنَّه ذكَرَ العَلامةَ، بأنْ وصَفَ عِفاصَها ووِكاءَها ووَزنَها وعَددَها لَم يَجبِ الدَّفعُ إليه لأنَّه مُدَّعٍ، فلا يُصدَّقُ بغيرِ بَينةٍ، إلا أنَّه يَحلُّ للمُلتقِطِ أنْ يَدفعَ إليه، وإنْ شاءَ أخَذَ منه كَفيلًا؛ لأنَّ الدَّفعَ بالعَلامةِ مما قد ورَدَ به الشَّرعُ في الجُملةِ كما في اللَّقيطِ، إلا أنَّه هناك يُجبرُ علىٰ الدَّفعِ وهنا لا يُجبَرُ؛ لأنَّه هناك يُجبرُ علىٰ الدَّفعِ بمُجردِ الدَّعوىٰ فمعَ العَلامةِ أَولَىٰ، وهنا لا عِبرةَ بمُجردِ الدَّعوىٰ بالإِجماعِ، فجازَ أنْ يُجبَرَ علىٰ الدَّفعِ معَ العَلامةِ، ولكنْ يَحلُّ له الدَّفعُ وله أنْ يَأخذَ كَفيلًا لجَوازِ مَجيءِ آخرَ فيَدَّعيها ويُقيمُ البَينةَ[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 196)، و«العناية» (8/ 214).





وقالَ الشافِعيةُ: إذا ادَّعَىٰ اللُّقطةَ رَجلٌ مثلًا ولَم يَصفْها بصِفاتِها السابِقةِ ولا بَينةَ له بها مما يُثبتُ بها المُلكَ كالشاهِدِ واليَمينِ ولَم يَعلمْ المُلتقِطُ أنَّها له لَم يَجزْ دَفعُها إليه؛ لحَديثِ: «**لو أُعطيَ النَّاسُ بدَعواهم...**»، فإنْ أقامَ بَينةً بذلك أو علِمَ أنَّها له وجَبَ عليه دَفعُها إليه، وعليه العُهدةُ لا إنْ ألزَمَه بتَسليمِها بالوَصفِ حاكِمٌ.

وإذا وصَفَها مُدَّعيها وهو واحِدٌ بما يُحيطُ بجَميعِ صِفاتِها وظنَّ مُلتقَطُها صَدقَه جازَ له الدَّفعُ إليه جَزمًا؛ عَملًا بظنِّه، بل نصَّ الشافِعيُّ علىٰ استِحبابِه، ولا يَجبُ **على المَذهبِ**؛ لأنَّه مُدَّعٍ يَحتاجُ إلىٰ بَينةٍ كغيرِه، ومُتهَمٌ باحتِمالِ سَماعِه لوَصفِها مِن نَحوِ مالِكِها.

وفي وَجهٍ: يَجبُ؛ لأنَّ إقامةَ البَينةِ عليها قد تُعسَرُ.

أمَّا إذا وصَفَها جَماعةٌ فقالَ القاضِي أَبو الطَّيبِ: أجمَعْنا علىٰ أنَّها لا تُسلَّمُ إليهم.

وأمَّا إذا لَم يُظنَّ صِدقُه فإنَّه لا يَجبُ الدَّفعُ اتِّفاقًا، ولا يَجوزُ علىٰ المَشهورِ، ولو قالَ له المالِكُ تَعلمُ أنَّها لي فله أنْ يَحلفَ أنَّه لا يَعلمُ ذلك.

فإنْ دفَعَ اللُّقطةَ لواصِفِها بمُجردِ الوَصفِ مِن غيرِ إجبارِ حاكِمٍ يَراه فأَقامَ آخرُ بَينةً بأنَّها مِلكُه وأنَّها لا تَعلمُ أنَّها انتقَلَت منه حُوِّلَت مِن الأَولِ إليه؛ لأنَّ البَينةَ حَجةٌ تُوجبُ الدَّفعَ فقُدِّمَت علىٰ الوَصفِ المُجردِ.

فإنْ تلفَت عندَ الواصِفِ اللُّقطةُ فلصاحِبِ البَينةِ تَضمينُ المُلتقِطِ؛ لأنَّه سلَّمَ ما لَم يَكنْ له تَسليمُه، أمَّا إذا ألزَمَه بالدَّفعِ حاكِمٌ يَراه فلا ضَمانَ عليه؛

لعَدمِ تَقصيرِه، وله مُطالبةُ وتَضمينُ المَدفوعِ إليه اللُّقطةُ؛ لأنَّه أخَذَ ما لَم يَكنْ له أَخذُه والقَرارُ عليه -أي علىٰ المَدفوعِ إليه- لتَلفِه في يدِه[1].

وقالَ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا فيما إذا جاحَدَ علىٰ اللُّقطةِ فأَخبرَ بعَددِها وعِفاصِها ووِكائِها، هل تُدفعُ إليه بلا بَينةٍ؟

فقالَ مالِكٌ وأَحمدُ: تُدفعُ إليه بغيرِ بَينةٍ.

وقالَ الشافِعيُّ وأبو حَنيفةَ: لا يَلزمُ الدَّفعُ إليه إلا ببَينةٍ، ويَجوزُ أنْ يَدفعَ إليه بلا بَينةٍ إذا غلَبَ علىٰ ظنِّه صِدقُه[2].

إذا وصَفَ اللُّقطةَ اثنانُ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في اللُّقطةِ إذا وصَفَها اثنانِ بما يَأخُذُها به أَحدُهما، هل تُقسَّمُ بينَهما أم يُقرَعُ بينهما؟

قالَ ابنُ الحاجِبِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا وصَفَ اللُّقطةَ اثنانِ بما يَأخذُها به المُنفرِدُ تَحالَفا وقُسِّمَت بينَهما، فإنْ نكَلَ أَحدُهما أخَذَها الحالِفُ.

ولو دفعَها بصِفةٍ و بَينةٍ ثُم وصَفَها ثانٍ أو أَقامَ بَينةً فلا شيءَ علىٰ المُلتقِطِ، وقالَ ابنُ الماجِشونِ: إنْ لَم يُشهِدْ بالقَبضِ علىٰ الواصِفِ ضمِنَ[3].

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 221)، و«النجم الوهاج» (6/ 41، 42)، و«مغني المحتاج» (3/ 520)، و«الديباج» (2/ 564)، و«تحفة المحتاج» (7/ 643).

(2) «الإفصاح» (2/ 65، 66).

(3) «جامع الأمهات» (1/ 459).



وقالَ أَبو الوَليدِ ابنُ رُشدٍ القُرطبيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: سُئلَ أَشهبُ عن الرَّجلينِ يَدَّعيانِ اللُّقطةَ عندَ الرَّجلِ قد وجَدَها فيَصفُ أَحدُهما العِفاصَ والوِكاءَ، ويَصفُ الآخرُ عَددَ الدَّنانيرِ ووَزنَها، قالَ: فهي للذي عرَّفَ العِفاصَ والوِكاءَ، وكذلك لو عرَّفَ العِفاصَ وَحدَه كانَت له أيضًا بعدَ الاستِبراءِ.

قيلَ: فلو أنَّ رَجلًا ادَّعاها وَحدَه وعرَّفَ العِفاصَ؟ قالَ: فيَستبرئُ، فإنْ لَم يَأتِ أَحدٌ أُعطيَها الذي عرَّفَ العِفاصَ، وإنَّما الحَديثُ الذي جاءَ «اعرِفْ العِفاصَ والوِكاءَ» فإنْ جاءَ طالِبُها فإنَّما ذلك مِثلُ الخَليطينِ إذا كانَ الدَّلْوُ والراعِي والمُراحُ وَاحدًا، فهو إذا جَمعَ الرَّاعيَ أو المُراحَ أو الدَّلوَ فهما خَليطانِ، فكذلك إذا عرَّفَ هذا بَعضًا ولَم يُعرِّفْ بَعضًا.

قُلت: فلو قالَ هي في خِرقةٍ حَمراءَ وخَيطٍ أَبيضَ فوجدَت الخِرقةَ كما قالَ والخَيطَ أَسودَ؟ قالَ: فيَستبرئُ أيضًا، ثُم يَرجعُ بعدَ ذلك، فقالَ لي: هذا قد أكذَبَ نَفسَه إذ ادَّعىٰ المَعرفةَ بالوِكاءِ والعِفاصِ ثُم وُجدَ بعدَ ذلك علىٰ غيرِ ما قالَ، فلا يُصدَّقُ، وإنَّما يُصدَّقُ إذا أَصابَ في بَعضٍ وادَّعىٰ الجَهالةَ في بَعضٍ فيَستبرئُ، فإنْ جاءَ أَحدٌ بأحقَّ مما ادَّعىٰ وإلا أُعطيَها، قيلَ: فوصَفَ العِفاصَ والوِكاءَ وادَّعىٰ أنَّها دَنانيرُ فوجدَ العِفاصَ والوِكاءَ كما قالَ ووجَدَ فيها دَراهمَ؟ قالَ: لا يُعطاها؛ لأنَّه إنَّما ادَّعىٰ دَنانيرَ ذهَبَت مِنه لَم يدَّعِ دَراهمَ، قالَ لي: وكذلك لو قالَ خِرقةٌ حَمراءُ وخَيطٌ أَبيضُ والدَّنانيرُ هاشِميةٌ، فوُجدَت الخِرقةُ والخَيطُ كما قالَ، ووجدت الدَّنانيرُ عتق لَمْ يَكنْ له شيءٌ.

قالَ مُحمدُ بنُ رُشدٍ: قالَ إنَّه إذا ادَّعىٰ اللُّقطةَ رَجلانِ، فوصَفَ أَحدُهما العِفاصَ والوِكاءَ، ووصَفَ الآخرُ عَددَ الدَّنانيرِ ووَزنَها فإنَّها للذي عرَّفَ العِفاصَ والوِكاءَ، يُريدُ معَ يَمينِه، والاختِلافُ في هذا، وإنَّما لا اختِلافَ إذا جاءَ وَحدَه، فقيلَ إنَّها تُدفعُ إليه بالصِّفةِ دونَ يَمينٍ، وهو ظاهِرُ مَذهبِ ابنِ القاسِمِ في المُدونةِ، والوَجهُ في ذلك أنَّ الصِّفةَ في اللُّقطةِ التي لا دافِعَ لها كالبَينةِ القاطِعةِ فيما له مَن يَدفعُ عنه، وقيلَ: إنَّه لا يَدفعُ إليه إلا بيَمينٍ.

وقالَ: إنْ وصَفَها رَجلانِ استُحلِفا، فإنْ حلَفَ أَحدُهما ونكَلَ الآخرُ فهي لمَن حلَفَ مِنهما، وإنْ حَلَفا جميعًا أو نَكَلا جميعًا قُسِّمَت بينَهما، فقولُه إنَّه يُقسَّمُ بينَهما إذا نكلا ردٌّ لقَولِه إنَّه لا يَدفعُ إليه إذا جاءَ وَحدَه إلا بيَمينٍ، واستَحسنَ أَصبغُ في أَحدِ قَوليه إذا وصَفَ أَحدُهما العِفاصَ والوِكاءَ ووصَفَ الآخرُ عَددَ الدَّنانيرِ والدَّراهِمِ، وصِفتُها أنْ تُقسَّمَ بينَهما بعدَ أَيمانِهما، كما لو اجتَمَعا جميعًا علىٰ صِفةِ العِفاصِ والوِكاءِ.

والاختيارُ أن يَصفَ مُدَّعي اللُّقطةِ العِفاصَ والوِكاءَ وما اشتَملا عليه مِن عَددِ الدَّنانيرِ والدَّراهمِ وصِفتَها، فإنْ وصَفَ بَعضًا وجهِلَ بَعضًا أو غلِطَ فيه ففي ذلك اختِلافٌ وتَفصيلٌ: فأمَّا جَهلُه بالعَددِ فلا يَضرُّه إذا عرَّفَ العِفاصَ والوِكاءَ، وكذلك غَلطُه فيه بالزِّيادةِ لا يَضرُّه؛ لجَوازِ أنْ يَكونَ قد اغتِيلَ في شيءٍ مِنها، واختُلفَ في غَلطِه فيه بالنُّقصانِ إذا عرَّفَ العِفاصَ والوِكاءَ علىٰ قَولينِ، وكذلك اختُلفَ في غَلطِه فيه بالنُّقصانِ إذا عرَّفَ العِفاصَ والوِكاءَ، وأمَّا إذا غلِطَ في صِفةِ الدَّنانيرِ فلا أَعلمُ خِلافًا في أنَّ لا شيءَ له.



وأمَّا العِفاصَ والوِكاءَ إذا وصَفَ أحدَهما وجهِلَ الآخرَ أو غلِطَ فيه ففي ذلك ثَلاثةُ أَقوالٍ، أَحدُها أنَّه لا شيءَ له إلا بمَعرفَتِهما جميعًا، والثانِي أنَّه يَستبرئُ أَمرَه، فإنْ لَم يَأتِ أَحدٌ بأَثبتَ مما أَتىٰ به دُفعَت له، والثَّالثُ أنَّه إنِ ادَّعىٰ الجَهالةَ استَبرأَ أَمرَه، وإنْ غلِطَ لَم يَكنْ له شيءٌ، وهذا أَعدلُ الأَقوالِ واللهُ أَعلمُ.

ولو جهِلَ العِفاصَ والوِكاءَ جميعًا وعرَّفَ عَددَ الدَّنانيرِ وصِفتَها ووَزنَها لتَخرُجَ علىٰ قَولِ أَصبغَ الذي قالَه علىٰ طَريقِ الاستِحسانِ إذا وصَفَ أَحدَ المُدعيينَ العِفاصَ والوِكاءَ والآخرُ عددَ الدَّنانيرِ وصِفتَها ووَزنَها أن تُقسمَ بينَهما، أنْ تَكونَ له إذا جاءَ وَحدَه فوصَفَ عَددَ الدَّنانيرِ والدَّراهمِ وصِفتَها ووَزنَها وجهِلَ العِفاصَ والوِكاءَ جميعًا وباللهِ التَّوفيقُ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإنْ وصَفَها اثنانِ أُقرعَ بينَهما، فمَن وقَعَت له القُرعةُ حلَفَ أنَّها له وسُلِّمَت إليه، وهكذا إنْ أَقاما بيِّنتَين أُقرعَ بينَهما، فمَن وقَعَت له القُرعةُ حلَفَ ودُفعَت إليه، ذكَرَه القاضِي.

وقالَ أَبو الخَطابِ: تُقسمُ بينَهما لأنَّهما تَساوَيا فيما يُستحَقُّ به الدَّفعُ فتَساوَيا فيها، كما لو كانَت في أَيدِيهما.

والذي قُلنا أَصحُّ وأَشبهُ بأُصولِنا فيما إذا تَداعَيا عينًا في يدِ غيرِهما، ولأنَّهما تَداعَيا عينًا في يدِ غيرِهما وتَساوَيا في البَينةِ أو في عَدمِها، فتَكونُ لمَن وقَعَت له القُرعةُ، كما لو ادَّعيَا وَديعةً في يدِ إِنسانٍ فقالَ: هي لأَحدِكما لا

(1) «البيان والتحصيل» (15/ 376، 379).

أَعرِفُه عينًا، وفارَقَ ما إذا كانَت في أَيدِيهما؛ لأنَّ يدَ كلِّ واحِدٍ مِنهما علىٰ نِصفِه فرجَحَ قَولُه فيه.

وإنْ وصَفَها إِنسانٌ فأَقامَ آخرُ البَينةَ أنَّها له فهي لصاحِبِ البَينةِ؛ لأنَّها أَقوَىٰ مِن الوَصفِ، فإنْ كانَ الواصِفُ قد أخَذَها انتُزِعَت مِنه ورُدَّت إلىٰ صاحِبِ البَينةِ؛ لأنَّنا تبيَّنَّا أنَّها له، فإنْ كانَت قد هلكَت فلصاحِبِها تَضمينُ مَن شاءِ مِن الواصِفِ أو الدافِعِ إليه، وبهذا قالَ أَبو حَنيفةَ والشافِعيُّ، ويَتخرَّجُ أنْ لا يَلزمَ المُلتقِطَ شيءٌ، وهذا قَولُ ابنِ القاسِمِ صاحِبِ مالِكٍ وأَبي عُبيدٍ؛ لأنَّه فعَلَ ما أُمرَ به لأنَّه أَمينٌ غيرُ مُفرطٍ ولا مُقصرٍ فلا يَضمنُ، كما لو دفَعَها بأَمرِ الحاكِمِ، ولأنَّ الدَّفعَ واجِبٌ عليه فصارَ الدَّفعُ بغيرِ اختِيارِه فلَم يَضمنْها، كما لو أخَذَها كُرهًا.

ولنا: إنَّه دفَعَ مالَ غيرِه إلىٰ غيرِ مُستحِقِّه اختِيارًا مِنه فضَمِنَه، كما لو دفَعَ الوَديعةَ إلىٰ غيرِ مالِكِها إذا غلَبَ علىٰ ظنِّه أنَّه مالِكُها.

فأمَّا إنْ دفَعَها بحُكمِ حاكِمٍ لَم يَملكْ صاحِبُها مُطالبةَ الدافِعِ؛ لأنَّها مَأخوذةٌ مِنه علىٰ سَبيلِ القَهرِ فلَم يَضمنْها كما لو غصَبَها، ومتىٰ ضمِنَ الواصِفُ لَم يَرجعْ علىٰ أَحدٍ؛ لأنَّ العُدوانَ مِنه والتَّلفَ عندَه، فإنْ ضمِنَ الدافِعُ رجَعَ علىٰ الواصِفِ؛ لأنَّه كانَ سَببَ تَغريمِه، إلا أنْ يَكونَ المُلتقطُ قد أَقرَّ للواصِفِ أنَّه صاحِبُها ومالِكُها، فإنَّه لا يَرجعُ عليه؛ لأنَّه اعتَرَفَ أنَّه صاحِبُها ومُستحِقُّها، وأنَّ صاحِبَ البَينةِ ظلَمَه بتَضمينِه، فلا يَرجِعُ به علىٰ غيرِ مَن ظلَمَه، وإنْ كانَت اللُّقَطةُ قد تلِفَت عندَ المُلتقِطِ فضَمَّنَه إياها رجَعَ

علىٰ الواصِفِ بما غرِمَه وليسَ لمالِكِها تَضمينُ الواصِفِ؛ لأنَّ الذي قبَضَه إنَّما هو مالُ المُلتقِطِ لا مالَ صاحِبِ اللُّقطةِ، بخِلافِ ما إذا سلَّمَ العَينَ.

فأمَّا إنْ وصَفَها إنسانٌ فأخَذَها ثُم جاءَ آخرُ فوصَفَها وادَّعاها لَم يَستحقَّ شيئًا؛ لأنَّ الأوَّلَ استحَقَّها لوَصفِه إياها وعَدمِ المَنازعِ فيها وثبَتَت يدُه عليها ولَم يوجَدْ ما يَقتَضي انتزاعَها مِنه فوجَبَ إبقاؤُها كسائرِ مالِه[1].

ثانيًا: إذا أَتى صاحِبُ اللُّقطةِ بعدَ الحَولِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ صاحِبَ اللُّقطةِ إذا جاءَ بعدَ الحَولِ وعرَّفَ اللُّقطةَ وجَبَ دَفعُها إليه إنْ كانَت باقيةً، وقِيمتُها إنِ استَهلكَها، واستَدلُّوا علىٰ ذلك بحَديثِ زَيدِ بنِ خالدٍ الجُهَنيِّ صاحب رَسولِ اللهِ أنَّه قالَ: سُئلَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنِ اللُّقطةِ الذَّهبِ أو الوَرِقِ، فقالَ: «**اعرِفْ وِكاءَها وعِفاصَها ثُم عرِّفْها سَنةً فإنْ لَم تَعرفْ فاستَنفِقْها، ولتَكنْ وَديعةً عندَك، فإنْ جاءَ طالِبُها يومًا مِن الدَّهرِ فأدِّها إليه...**»[2].

قالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ثُم عرِّفْها سَنةً فإنْ لَم يَجئْ صاحِبُها كانَت وَديعةً عندَك**» وفي الرِّوايةِ الثانيةِ: «**ثُم عرِّفْها سَنةً فإنْ لَم تَعرفْ فاستَنفِقْها ولتَكنْ وَديعةً عندَك، فإنْ جاءَ طالِبُها يومًا مِن الدَّهرِ فأدِّها إليه**» مَعناه: تَكونُ أَمانةً عندَك بعدَ السَّنةِ ما لَم تَتملَّكْها، فإنْ تلِفَت بغيرِ

---

(1) «المغني» (6/ 13، 14)، و«الكافي» (2/ 354)، و«المبدع» (5/ 288)، و«الإنصاف» (6/ 422، 423).

(2) أخرجه مسلم (1722).

تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليك، وليسَ مَعناه مَنعَه مِن تَملُّكِها، بل لـه تَملُّكُها علىٰ ما ذكَرْناه للأحاديثِ الباقِيةِ الصَّريحةِ، وهي قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ثُم استَنفق بها فاستنفقَها**»، وقد أشارَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلىٰ هذا في الرِّوايةِ الثانيةِ بقَولِه: «**فإنْ لَم تَعرِفْ فاستَنفِقْها ولتَكنْ وَديعةً عندَك**» أي لا يَنقطعُ حقُّ صاحِبِها، بل متىٰ جاءَها فأدِّها إليه إنْ كانَت باقِيةً وإلا فبَدلُها، وهذا مَعنىٰ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها يومًا مِن الدَّهرِ فأدِّها إليه**»، والمُرادُ أنَّه لا يَنقطعُ حقُّ صاحِبِها بالكُليةِ، وقد نقَلَ القاضي وغيرُه إجماعَ المُسلِمينَ علىٰ أنَّه إذا جاءَ صاحِبُها بعدَ التَّمليكِ ضمِنَها المُتملِّكُ، إلا داودَ فأسقَطَ الضَّمانَ، واللهُ أعلمُ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البرِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حَديثِ عِياضِ بنِ حِمارٍ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها فهو أَحقُّ بها وإلا فهو مالُ اللهِ يُؤتِيه مَن يَشاءُ**» وهذا مَعناه انطِلاقُ يدِ المُلتقِطِ وتَصرُّفُه فيها بعدَ الحَولِ، ولكنَّه يَضمنُها إنْ جاءَ صاحِبُها، واجِبٌ ذلك بإجماعِ المُسلِمينَ؛ لأنَّه مُستهلِكٌ مالَ غيرِه، وقد أجمَعُوا أنَّ مَن استَهلكَ مالَ غيرِه وأنفقَه بغيرِ إذنِه غرِمَه وضمِنَه، ومَن استَهلكَ لغيرِه شيئًا مِن المالِ ضمِنَه بأيِّ وَجهٍ استَهلكَه، وهذا ما لا خِلافَ فيه[2].

---

(1) «شرح صحيح مسلم» (12/ 24، 25).
(2) «التمهيد» (3/ 119، 120).

وقالَ الإمامُ ابنُ بَطالٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمعَ أَئمةُ الفَتوىٰ علىٰ أنَّ اللُّقطةَ إذا عرَّفَها سَنةً وانتَفعَ بها وأنفقَها بعدَ السَّنةِ ثم جاءَ صاحِبُها أنَّه يرُدُّ عليه قِيمَتَها ويَضمنُها له، وليسَ قولُه: (فشَأنَك بها) يُبيحُ له أَخذَها ويُسقِطُ عنه ضَمانَها؛ لمَا ثبَتَ عنه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ في اللُّقطةِ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها بعدَ السَّنةِ أدِّها إليه**»؛ لأنَّها وَديعةٌ عندَ مُلتقِطِها، وخرَقَ الإجماعَ رَجلٌ نُسبَ إلىٰ العِلمِ يُعرَفُ بداودَ بنِ عليٍّ، فقالَ: إذا جاءَ صاحِبُها بعدَ السَّنةِ لَم يَضمنْها مُلتقِطُها؛ لأنَّ النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ أطلَقَه علىٰ مُلكِها بقَولِه: (فشَأنَك بها) فلا ضَمانَ عليه، ولا سَلفَ له في ذلك إلا اتِّباعُ الهَوىٰ والجُرأةُ علىٰ مُخالَفةِ الجَماعةِ التي لا يَجوزُ عليها تَحريفُ التَّأويلِ ولا الخَطأُ فيه، أَعاذَنا اللهُ مِن اتِّباعِ الهَوىٰ والابتِداعِ في دِينِه مما لَم يَأذنْ فيه عَزَّوَجَلَّ[1].

وقالَ أيضًا: قولُه: بابُ إذا جاءَ صاحِبُ اللُّقطةِ بعدَ سَنةٍ ردَّها عليه؛ لأنَّها وَديعةٌ عندَه.

فيه: زَيدٌ أنَّ رَجلًا سألَ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنِ اللُّقطةِ، فقالَ: «**عرِّفْها سَنةً، ثُم اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها، ثُم استَنفِقْ بها، فإنْ جاءَ ربُّها فأدِّها إليه**...» الحَديثُ، أجمعَ أَئمةَ الفَتوىٰ علىٰ أنَّ صاحِبَ اللُّقطةِ إذا جاءَ بعدَ الحَولِ أنَّ الذي وجَدَها يَلزمُه ردُّها إليه؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها فأدِّها إليه**»، وقد ذكَرْنا قبلَ هذا أنَّ بعضَ مَن نُسبَ إلىٰ العِلمِ وحظُّه مِن أنْ يوسَمَ بمُخالفةِ الأَئمةِ خالَفَ إِجماعَهم في اتِّباعِ هذا الحَديثِ، وخالَفَ قَولَه

(1) «شرح صحيح البخاري» (6/ 552).

عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**فأدِّها إليه**»، وقالَ: لا يُؤدِّي إليه شيئًا بعدَ الحَولِ، استِدلالًا مِنه بقَولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**فشَأنَك بها**»، قالَ: لأنَّ هذا إطلاقٌ مِنه عَلَيْهِ السَّلَامُ علىٰ ملكِها فلا يَلزمُه تَأديتُها، وهذا قَولٌ يُؤدِّي إلىٰ تَناقضِ السُّننِ، وقد جلَّ الرَّسولُ عن أنْ يَتناقضَ، وقولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**فأدِّها إليه**» فيه بَيانٌ وتَفسيرٌ لقَولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**فشَأنَك بها**»، ولو كانَ المُرادُ بقَولِه: «**فشَأنَك بها**» إطلاقَ يدِه عليها وسُقوطَ ضَمانِها عنه لبطَلَت فائدةُ قولِهِ: «**فأدِّها إليه**»، واستِعمالُ الحَديثَينِ لفائِدَتينِ أَولىٰ مِن إسقاطِ أَحدِهما، هذه طَريقةُ العُلماءِ في التَّأليفِ بينَ الآثارِ، والقَضاءِ بالمُجملِ علىٰ المُفسَّرِ[1].

قالَ الإمامُ القُرطبيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ليسَ في قَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في اللُّقطةِ بعدَ التَّعريفِ: «فاستَمتِعْ بها» أو «فشَأنَك بها» أو «فهي لك» أو «فاستَنفِقْها» أو «ثُم كُلْها» أو «فهو مالُ اللهِ يُؤتِيه مَن يَشاءُ» علىٰ ما في صَحيحِ مُسلمٍ وغيرِه ما يَدلُّ علىٰ التَّمليكِ وسُقوطِ الضَّمانِ عن المُلتقِطِ إذا جاءَ ربُّها، فإنَّ في حَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهنيِّ عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإنْ لَم تَعرِفْ فاستَنفِقْها ولتَكنْ وَديعةً عندَك، فإنْ جاءَ صاحِبُها يومًا مِن الدَّهرِ فأدِّها إليه**» وفي رِوايةٍ: «**ثُم كُلْها، فإنْ جاءَ صاحِبُها فأدِّها إليه**» أخرَجَه البُخاريُّ ومُسلمٌ.

وأجمعَ العُلماءُ علىٰ أنَّ صاحِبَها متىٰ جاءَ فهو أَحقُّ بها، إلا ما ذهَبَ إليه داودُ مِن أنَّ المُلتقِطَ يَملكُ اللُّقطةَ بعدَ التَّعريفِ لتلك الظَّواهرِ، ولا التِفاتَ لقَولِه لمِخالَفةِ النَّاسِ ولقَولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**فأدِّها إليه**»[2].

(1) «شرح صحيح البخاري» (6/ 560، 561).
(2) «تفسير القرطبي» (9/ 137، 138).



وقالَ الوَزيرُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اتَّفقُوا علىٰ أنَّ اللُّقطةَ ما لَم تَكنْ تافِهًا يَسيرًا أو شيئًا لا بَقاءَ له فإنَّها تُعرَّفُ حَولًا.

وأجمَعُوا علىٰ أنَّ صاحِبَها إنْ جاءَ فهو أَحقُّ بها مِن مُلتقِطِها إذا ثبَتَ له أنَّه صاحِبُها.

وأجمَعُوا علىٰ أنَّه إذا أكَلَها بعدَ الحَولِ مُلتقِطُها فأَرادَ صاحِبُها أنْ يُضمِّنَه أنَّ ذلك له، وأنَّه إن تَصدَّقَ بها مُلتقِطُها بعدَ الحَولِ فصاحِبُها مُخيَّرٌ بينَ التَّضمينِ وبينَ أنْ تكونَ له علىٰ أَجرِها، فأيَّ ذلك تَخيَّرَ كانَ له ذلك بالإجماعِ، ولا تَنطلِقُ يدُ مُلتقِطِها عليها بصَدقةٍ ولا تُصرَفُ قبلَ الحَولِ إلا ضالةُ الغَنمِ[1].

إذا تلِفَت اللُّقطةُ بعدَ الحَولِ بلا تَفريطٍ:

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللُّقطةُ في الحَولِ أَمانةٌ في يدِ المُلتقِطِ، إنْ تلِفَت بغيرِ تَفريطِه أو نقُصَت فلا ضَمانَ عليه كالوَديعةِ، ومتىٰ جاءَ صاحِبُها فوجَدَها أخَذَها بزِيادتِها المُتصِلةِ والمُنفصِلةِ؛ لأنَّها نَماءُ مُلكِه، وإنْ أتلَفَها المُلتقِطُ أو تلِفَت بتَفريطِه ضمِنَها بمِثلِها إنْ كانَت مِن ذَواتِ الأَمثالِ وبقِيمتِها إنْ لَم يَكنْ لها مِثلٌ، لا أَعلمُ في هذا خِلافًا.

وإنْ تلِفَت بعدَ الحَولِ ثبَتَ في ذِمتِه مِثلُها أو قِيمتُها بكلِّ حالٍ؛ لأنَّها دخَلَت في مِلكِه وتلِفَت مِن مالِه، وسَواءٌ فرَّطَ في حِفظِها أو لَم يُفرطْ، وإنْ

(1) «الإفصاح» (2/ 59، 60).

وجَدَ العَينَ ناقِصةً وكانَ نَقصُها بعدَ الحَولِ أخَذَ العَينَ وأَرشَ نَقصَها؛ لأنَّ جَميعَها مَضمونٌ إذا تلِفَت فكذلك إذا نقُصَت، وهذا قَولُ أكثرِ العُلماءِ الذين حكَمُوا بملكِه لها بمُضيِّ حَولِ التَّعريفِ، وأمَّا مَن قالَ لا يَملكُها حتىٰ يَتملكَها لَم يُضمِّنْه إيَّاها حتىٰ يَتملكَها، وحُكمُها قبلَ تَملكِه إيَّاها حُكمُها قبلَ مُضيِّ حَولِ التَّعريفِ، ومَن قالَ لا تُملَكُ اللُّقطةُ بحالٍ لَم يُضمِّنْه إيَّاها، وبهذا قالَ الحَسنُ والنَّخعيُّ وأَبو مِجلزٍ والحارِثُ العُكليُّ ومالِكٌ وأَبو يُوسفَ، قالُوا: لا يُضمَّنُ وإنْ ضاعَت بعدَ الحَولِ، وقد ذكَرْنا فيما تَقدمَ دَليلَ دُخولِها في ملكِه، وقالَ داودُ: إذا تَملَّكَ العَينَ وأتلَفَها لَم يَضمَنْها.

وحَكىٰ ابنُ أَبي مُوسىٰ عن أَحمدَ أنَّه لوَّحَ إلىٰ مِثلِ هذا القَولِ؛ لحَديثِ عِياضِ بنِ حِمارٍ عن النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**فإنْ جاءَ ربُّها وإلا فهي مالُ اللهِ يُؤتِيه مَن يشاءُ**» فجعلَه مُباحًا، وقَولُه في حَديثِ أُبيِّ بنِ كَعبٍ: «**فإنْ جاءَ مَن يُعرِّفُها وإلا فهي كسَبيلِ مالِكِ**» وفي حَديثِ زَيدٍ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فشَأنَك بها**»، ورُوِيَ «**فهي لك**» ولَم يَأمرْه بردِّ بدلِها.

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإنْ لم تَعرِفْ فاستَنفِقْها ولتَكنْ وَديعةً عندَك، فإنْ جاءَ طالِبُها يومًا مِن الدَّهرِ فادفَعْها إليه**»، وقالَ الأَثرمُ: قالَ أَحمدُ: أَذهبُ إلىٰ حَديثِ الضَّحاكِ بنِ عُثمانَ جوَّدَه ولَم يَروِه أَحدٌ مِثلَ ما رَواه: «**إنْ جاءَ صاحِبُها بعدَ سَنةٍ وقد أنفقَها ردَّها إليه**»؛ لأنَّها عَينٌ يَلزمُ ردُّها لو كانَت باقِيةً فيَلزمُه ضَمانُها إذا أتلَفَها كما قبلَ الحَولِ،

ولأنَّه مالٌ مَعصومٌ فلَم يَجزْ إِسقاطُ حقِّه مِنه مُطلقًا، كما لو اضطُرَّ إلىٰ مالِ غيرِه[1].

وقالَ العِمرانيُّ الشافِعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا أَخذَ اللُّقطةَ فعرَّفَها حَولًا، فإنْ قُلْنا: لا يَملكُها إلا باختِيارِ التَّملكِ فهي أَمانةٌ في يدِه، كما كانَت قبلَ انقِضاءِ مُدةِ التَّعريفِ.

وإنْ قُلْنا: إنَّه يَملكُها بمُضيِّ مُدةِ التَّعريفِ، أو قُلْنا: لا يَملكُها إلا باختِيارِ تَملُّكِها، فاختارَ تَملكَها ملكَها ببَدلِها في ذِمتِه، فإنْ كانَ لها مِثلٌ ثبَتَ مِثلُها في ذِمتِه، وإنْ لَم يَكنْ لها مِثلٌ ثَبَتَ قِيمتُها في ذِمتِه[2].

إذا لَم يَأتِ صاحِبُ اللُّقطةِ بعدَ السَّنةِ ماذا يُفعلُ بها وما الحُكمُ إذا جاءَ بعدَ التَّصدقِ بها؟

اختَلفَ الفُقهاءُ في اللُّقطةِ إذا مرَّ علىٰ تَعريفِها حَولٌ كامِلٌ ولَم يَأتِ ربُّها ماذا يُفعلُ بها؟ هل يَمتلكُها المُلتقِطُ بمُضيِّ الحَولِ؟ أم لا بدَّ مِن نيةِ التَّملكِ؟ أم لا يَجوزُ له تُملُّكُها؟ أم يَتصدَّقُ بها مُطلقًا سَواءٌ كانَ غنيًّا أو فَقيرًا؟ أم يَمتلكُها إنْ كانَ فَقيرًا ويَتصدَّقُ بها إنْ كانَ غنيًّا؟ علىٰ خِلافٍ بينَ الفُقهاءِ.

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّ المُلتقِطَ إذا عرَّفَ اللُّقطةَ حَولًا ولَم يَحضرْ صاحِبُها مُدةَ التَّعريفِ فهو بالخِيارِ:

---

(1) «المغني» (6/ 14، 15).

(2) «البيان» (7/ 533).

إنْ شاءَ أمسَكَها إلىٰ أنْ يَحضرَ صاحِبُها، وإنْ شاءَ تَصدق بها علىٰ الفُقراءِ.

ولو أَرادَ أنْ يَنتفعَ بها فإنْ كانَ غنيًّا لا يَجوزُ أنْ يَنتفعَ بها؛ لما رُوِيَ عن أَبي هُريرةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**وسُئِلَ عن اللُّقطةِ؟ فقالَ: لا تَحلُّ اللُّقطةُ، مَن التَقطَ شيئًا فليُعَرِّفْه سَنةً، فإنْ جاءَه صاحِبُها فليَردَّها إليه، وإنْ لَم يَأتِ صاحِبُها فليَتصدَّقْ بها، وإنْ جاءَه فليُخيِّرْه بينَ الأَجرِ وبينَ الذي له**»[1].

والاستدِلالُ به مِن وَجهينِ:

أَحدُهما: أنَّه نَفىٰ الحِلَّ مُطلقًا، وحالَةُ الفَقرِ غيرُ مُرادةٍ بالإجماعِ، فتَعيَّنَ حالَةُ الغِنىٰ.

والثاني: أنَّه أمَرَ بالتَّصدقِ، ومَصرِفُ الصَّدقةِ الفَقيرُ دونَ الغَنيِّ، وإنَّ الانتِفاعَ بمالِ المُسلمِ بغيرِ إذنِه لا يَجوزُ إلا لضَرورةٍ، ولا ضَرورةَ إذا كانَ غَنيًّا.

وإذا تَصدَّقَ بها علىٰ الفُقراءِ ثُم جاءَ صاحِبُها كانَ له الخِيارُ:

إنْ شاءَ أَمضىٰ الصَّدقةَ وله ثَوابُها وتَصيرُ إِجازتُه اللاحِقةُ بمَنزلةِ الإذنِ السابقِ.

---

(1) حَديثٌ ضَعيفٌ: أخرجه الدارقطني في «سننه» (4389)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (12/ 128)، والطبراني في «الأوسط» (2/ 353)، برقم (2208)، والطبراني في «الصغير» (1/ 62)، برقم (72).



وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُلتقِطَ أو الفَقيرَ إنْ وجَدَه؛ لأنَّ التَّصدقَ كانَ مَوقوفًا علىٰ إِجازتِه، وأيَّهما ضمَّنَ لَم يرجعْ علىٰ صاحِبِه كما في غاصِبِ الغاصِبِ، فإذا ضمَّنَ المُلتقِطَ لا يَرجعُ المُلتقِطُ علىٰ المِسكينِ؛ لأنَّه بالتَّضمينِ ملَكَها، فظهَرَ أنَّه تَصدَّقَ بمُلكِ نفسِه، فله ثَوابُها.

وإنْ ضمَّنَ المُتصدقَ عليه: لَم يَرجعْ به أيضًا علىٰ المُلتقطِ؛ لأنَّ الصَّدقةَ عقدُ تبرُّعٍ، فإذا ضمَّنَها الذي تبرَّعَ عليه: لمْ يَرجعْ به علىٰ المُتبرعِ.

وإن كانَ فَقيرًا فإنْ شاءَ تَصدقَ بها علىٰ الفُقراءِ وإنْ شاءَ أنفَقها علىٰ نفسِه، فإذا جاءَ صاحِبُها خيَّرَه بينَ الأَجرِ وبينَ أنْ يَضمَنَها له علىٰ ما ذكَرْنا.

وكذلك إذا كانَ غَنيًّا جازَ له أنْ يَتصدقَ بها علىٰ أَبيه وابنِه وزَوجتِه إذا كانُوا فُقراءَ؛ لأنَّه لما جازَ له أنْ يَنتفعَ بها إذا كانَ فَقيرًا جازَ أنْ يَتصدقَ بها علىٰ هؤلاء[1].

وقالَ المالِكيةُ: المُلتقِطُ إذا عرَّفَ اللُّقطةَ سَنةً ولَم يَأتِ صاحِبُها فهو مُخيَّرٌ بينَ أُمورٍ ثَلاثةٍ:

1- إما أنْ يَحبسَها إلىٰ أنْ يَظهرَ ربُّها.

2- وإنْ شاءَ تَصدَّقَ بها عن ربِّها.

3- وإنْ شاءَ تَملَّكَها، ويَدخلُ فيه ما إذا تَصدَّقَ بها عن نفسِه، وإذا جاءَ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 202)، و«الاختيار» (3/ 38)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 192، 197)، و«اللباب» (1/ 663)، و«مختصر الوقاية» (2/ 252).



ربُّها ضمِنَها له في التَّصدُّقِ بها عن ربِّها وفي التَّملُّكِ، ولا فَرقَ علىٰ المَشهورِ بينَ لُقطةِ مَكةَ وغيرِها مِن الأَقطارِ في هذه الأَوجهِ الثَّلاثةِ.

واستدَلُّوا علىٰ ذلك ما ثبَتَ في الحَديثِ: «**عرِّفْها سَنةً، فإنْ جاءَ صاحبُها وإلا فشَأْنَك بها**»، وفي الصَّحيحِ: «**فإنْ لَم يَعرِفْ فاستَنفِقْها**»، وفي النِّسائيِّ: «**فإنْ لَم يَأتِ صاحِبُها فهو مالُ اللهِ يُؤتِيه مَن يَشاءُ**»، فتَضمَّنَت هذه الأَحاديثُ أنَّ الحُكمَ فيها بعدَ الحَولِ خِلافُه قَبلُه وله أنْ يَتصرفَ فيها لنفسِه، والذي يَقتَضيه قَولُ ابنِ القاسِمِ في «المُدونة» أنَّ له أنْ يَنتفعَ بها غنيًّا كانَ أو فَقيرًا؛ لأنَّ كلَّ ما صحَّ أنْ يُملكَ بالعِوضِ صحَّ أنْ يُملكَ باللُّقطةِ كالفَقيرِ.

وهذا التَّخييرُ إذا كانَ المُلتقِطُ غيرَ الإمامِ، أما الإمامُ فليسَ له إلا حبسُها أو بيعُها لصاحِبِها ووضعُ ثَمنِها في بيتِ المالِ، وليسَ له التَّصدقُ بها ولا تَملُّكُها لمَشقَّةِ خلاصِ ما في ذمتِه بخِلافِ غيرِه[1].



وقالَ الشافِعيةُ: إذا عرَّفَ المُلتقِطُ اللُّقطةَ سَنةً ولَم يَأتِ صاحِبُها فهو مُخيَّرٌ بينَ أمرينِ:

أنْ يَحفظَها علىٰ صاحِبِها إلىٰ أنْ يَظهرَ.

أو أنْ يَختارَ تملُّكَها علىٰ الصَّحيحِ مِن المَذهبِ بلَفظٍ كـ «تَملكتُ ما التَقطُّه»؛ لأنَّه تملَّكَ بعوضٍ فافتَقرَ إلىٰ اختِيارِ التملُّكِ كالبَيعِ.

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 267، 268)، رقم (1110)، و«التاج والإكليل» (5/ 38، 39)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 125)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 528، 529)، و«تحبير المختصر» (5/ 38).



وقيلَ تكفي النِّيةُ مِن غيرِ لَفظٍ، وقيلَ: يَملكُ اللُّقطةَ بمُضيِّ السَّنةِ وإنْ لَم يَختَرْ تَملكَها؛ لأنَّ سَببَ التَّملكِ هو التَّعريفُ، فإذا وجَدَ السَّببَ حصلَ المُلكُ كالاصطِيادِ والاحتِشاشِ وإحياءِ المواتِ.

فإنْ اختارَ تملُّكَها ملكَها، سَواءٌ كانَ الواجِدُ غنيًّا أو فَقيرًا، وسَواءٌ كانَ مِن آلِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو مِن غيرِهم؛ لما رُويَ في حَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهنيِّ: «أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئلَ عنِ اللُّقطةِ فقالَ: عرِّفْها سَنةً، فإنْ جاءَ صاحِبُها، وإلا فشَأنَك بها» أي: افعَلْ بها ما تَشاءُ، ففوَّضَ الأمرَ إلى خِيرتِه، ورُويَ: «وإلا فاستَنفِعْ بها» ولَم يُفرِّقْ بينَ الغنيِّ والفَقيرِ.

«ورَوى أُبيُّ بنُ كَعبٍ قالَ: وجَدتُ صُرةً فيها مِائةُ دِينارٍ، فأتَيتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» ثُم أتَيتُه، فقالَ: «**عرِّفْها حَولًا**» -مَرتينِ أو ثَلاثًا- إلى أنْ قالَ: «**اعرِفْ عَددَها ووِعاءَها ووِكاءَها، فإنْ جاءَ صاحِبُها، وإلا فاستَمتِعْ بها**».

قالَ الشافِعيُّ: (وأُبيُّ بنُ كَعبٍ مِن أَيسرِ أَهلِ المَدينةِ، أو كأَيسرِهم).

ولأنَّ مَن صحَّ أنْ يَملكَ بالقَرضِ صحَّ أنْ يَملكَ اللُّقطةَ كالفَقيرِ، وعَكسُه العَبدُ.

فإذا تملَّكَها وظهَرَ المالِكُ واتَّفقا على ردِّ عَينِها فذاك؛ إذ الحقُّ لهما لا يَعدُوهما، ويَجبُ على المُلتقِطِ ردُّها عليه قبلَ الطَّلبِ على الأَصحِّ، ومُؤنةُ الردِّ بعدَ التَّملُّكِ على المُلتقِطِ؛ لأنَّه قبَضَ العَينَ لغَرضِ نفسِه، وقبلَه على المالِكِ.

وإنْ أَرادَ المالِكُ اللُّقطةَ وأَرادَ المُلتقِطُ العُدولَ إلىٰ بَدلِها أُجيبَ المالِكُ في الأَصحِّ كالقَرضِ بل أَولَىٰ؛ لأنَّ للمالِكِ هنا سَلطنةً شَرعيةً ليسَت للمُقترِضِ؛ لأنَّه لَم يَرضَ بتملُّكِها عليه.

ومُقابلُ الأَصحِّ: المُجابُ المُلتقِطُ.

فإنْ تلِفَت بعدَ التَّملُّكِ غرِمَ مِثلَها إنْ كانَت مثليَّةً أو قِيمتَها إنْ كانَت مُتقومةً يومَ التَّملكِ، وقيلَ يومَ التَّلفِ، وقيلَ يومَ المُطالبةِ.

وإنْ نقَصَت بعَيبٍ طرَأَ بعدَ التَّملكِ فله أَخذُها معَ الأَرشِ في الأَصحِّ، والثانِي يَقنعُ بها بلا أَرشٍ[1].

---

(1) «البيان» (7/ 530، 532)، و«روضة الطالبين» (4/ 10)، و«النجم الوهاج» (6/ 37، 41)، و«مغني المحتاج» (3/ 517، 518)، و«الديباج» (2/ 563)، و«تحفة المحتاج» (7/ 638، 642)، وقالَ الماورديُّ: قالَ الشافِعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فإن جاءَ صاحبُها وإلا فهي له بعدَ سنةٍ علىٰ أنَّه متىٰ جاءَ صاحبُها في حياتِه أو بعدَ موتِه فهو غريمٌ إن كانَ استهلكَها. قالَ الماورديُّ: إذا استكملَ تعريفَها حولًا كانَ بعدَه بالخيارِ بينَ أنْ يَتملكَها وبينَ أن تكونَ في يدِه أَمانةً وبينَ أن يَدفعَها إلىٰ الحاكمِ ليَحفظَها علىٰ مالكِها بأن يَضعَها في بيتِ المالِ أو علىٰ يدِ أمينٍ، وقالَ عبدُ اللهِ بنُ عمرَ: لا يَجوزُ للواجدِ بعدَ تَعريفِ الحولِ أن يَتملكَها، بل عليه أن يَضعَها في بيتِ المالِ، وقالَ مالكٌ: إن كانَ غنيًّا جازَ له أن يَتملكَها، وإن كانَ فَقيرًا لم يَجزْ لعجزِ الفَقيرِ عن الغرمِ وقُدرةِ الغنيِّ عليه، وقالَ أبو حَنيفةَ: يَجوزُ للفَقيرِ أن يَتملكَها دونَ الغني، وقد مَضىٰ الكَلامُ معه والدليلُ علىٰ جميعِهم قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإن جاءَ صاحبُها وإلا فشأنُك بها**»، ورُوي في بعضِ الأخبارِ أنه قالَ: «**فإن جاءَ صاحبُها وإلا فهي لك**» وقد أذنَ رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعليٍّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ أن يَتملكَ الدِّينارَ وهو لا يَجدُ غُرمَه، حتىٰ غرمَه عنه رَسولُ اللهِ =

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فبطَلَ به قولُ مالكٍ، وأذِنَ لأُبيِّ بنِ كعبٍ أن يَتملكَ الصرّةَ وهو غنيٌّ فبطَلَ به قولُ أبي حَنيفةَ، ولأنَّ الواجدَ لو مُنعَ بعدَ الحولِ من تَملكِها أدَّىٰ ذلك إلىٰ أحدِ أمرينِ: إما أن لا يَرغبَ الواجدُ في أَخذِها، وإما أن تَدخلَ المَشقةُ عليه في استِدامةِ إمساكِها، فكانَ إباحةُ التَّمليكِ لها بعدَ التَّعريفِ أحثَّ علىٰ أخذِها وأحفظَ علىٰ مالكِها؛ لثُبوتِ غُرمِها في ذمتِه، فلا تَكونُ مُعرضةً للتلفِ، وليَكونَ ارتِفاقُ الواجدِ بمَنفعتِها في مُقابلةِ ما عاناه في حفظِها وتَعريفِها، وهذه كلها معانٍ استَوىٰ فيها الغنيُّ والفقيرُ.

ثم مذهبُ الشافعيِّ: لا فرقَ بينَ المُسلمِ والذميِّ في أخذِها للتَّعريفِ وتَملكِها بعدَ الحولِ؛ لأنها كسبٌ يَستوي فيها المُسلمُ والذميُّ. وقالَ بعضُ أَصحابِنا: لا حقَّ للذميِّ فيها، فهو مَمنوعٌ من أخذِها وتَملكِها؛ لأنَّه ليسَ من أهلِ التَّعريفِ لعدمِ ولايتِه علىٰ مُسلمٍ، ولا ممن يَملكُ مَرافقَ دارِ الإسلامِ كإحياءِ المَواتِ.

فصلٌ: فإذا ثبَتَ جَوازُ تَملكِها بعدَ الحولِ لكلِّ واحدٍ من غنيٍّ أو فقيرٍ فقد اختَلفَ أَصحابُنا بماذا يَصيرُ مالكًا علىٰ ثلاثةِ أَوجهٍ: **أحدُها**: أنه يَصيرُ مالكًا لها بمُضيِ الحولِ وحدَه، إلا أن يَختارَ أن تَكونَ أَمانةً فلا تَدخلَ في ملكِه، وهذا قولُ أبي حفصٍ ابنِ الوكيلِ؛ لأنه كسبٌ علىٰ غيرِ بدلٍ فأشبَه الرِّكازَ والاصطيادَ.

والوجهُ الثاني: أنه يَملكُها بعدَ مُضيِ الحولِ باختيارِ التَّملكِ، فإن لم يَختَرِ التَّملكَ لم يَملكْ وهذا قولُ أبي إسحاقَ المَروزيِّ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**فإن جاءَ صاحبُها وإلا فشأنُك بها**»، فردَّ أمرَها إلىٰ اختيارِه، ولأنه أبيحَ له التَّملكُ بعدَ الحولِ بعدَ أن كانَ مُؤتمنًا فاقتَضىٰ ألا يَنتقلَ عن ما كانَ عليه إلا باختِيارِ ما أبيحَ له.

والوجهُ الثالثُ: أنه لا يَملكُها بعدَ مُضيِ الحولِ إلا بالاختِيارِ والتَّصرفِ، وهو ما لم يَتصرفْ غيرَ مالكٍ؛ لأن التَّصرفَ منه كالقبضِ فأشبَه الهبةَ.

فصلٌ: فإذا صارَ مالكُها كما ذكَرْنا فقد ضمِنَها لصاحبِها، فمن جاءَ طالبًا لها رجَعَ بها إن كانَت باقيةً، وليسَ للمُتملكِ أن يَعدلَ به مع بقائِها إلىٰ بدلِها، وإن كانَت تالفةً رجَعَ =

وقالَ الحَنابِلةُ: إذا عرَّفَ اللُّقطةَ حولًا فلَم تُعرَفْ ملكَها مُلتقِطُها، وصارَت مِن مالِه كسائرِ أموالِه، غنيًّا كانَ المُلتقِطُ أو فقيرًا؛ لقَولِ النَّبيِّ ﷺ في حَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ: «فإنْ لَم تَعرفْ فاستَنفِقْها»، وفي لَفظٍ: «وإلا فهي كسَبيلِ مالِكٍ»، وفي لَفظٍ: «ثُم كُلْها »، وفي لَفظٍ: «فانتَفِعْ بها»، وفي لَفظٍ: «فشَأنَك بها»، وفي حَديثِ أُبيِّ بنِ كَعبٍ: «فاستَنفِقْها»، وفي لَفظٍ: «فاستمتِعْ بها»، وهو حَديثٌ صَحيحٌ، ولأنَّ مَن ملَكَ بالفَرضِ ملَكَ باللُّقطةِ كالفَقيرِ، ومَن جازَ له الالتِقاطُ ملَكَ به بعدَ التَّعريفِ كالفَقيرِ.

وتَدخلُ اللُّقطةُ في مِلكِه عندَ تَمامِ التَّعريفِ حُكمًا كالمِيراثِ؛ لقَولِ النَّبيِّ ﷺ: «**فإذا جاءَ صاحِبُها وإلا فهي كسَبيلِ مالِكٍ**» وقَولُه: «فاستَنفِقْها»، ولو وُقِفَ مِلكُها علىٰ تملُّكِها لبيَّنَه له، ولَم يُجوِّزْ له التَّصرفَ قبلَه، وفي لَفظٍ: «فهي لك» وفي لَفظٍ: «كُلْها»، وهذه الألفاظُ كلُّها تَدلُّ علىٰ هذا، ولأنَّ الالتِقاطَ والتَّعريفَ سَببٌ للتَّمليكِ، فإذا تمَّ وجَبَ أنْ يُثبِتَ به الملكُ حُكمًا كالإحياءِ والاصطِيادِ، ولأنَّه سَببٌ يَملكُ به فلَم يَقفْ المِلكُ بعدَه علىٰ قَولِه ولا اختِيارِه كسائرِ الأَسبابِ، وذلك لأنَّ المكلَّفَ ليسَ إليه

=

ببدلِها، فإن كانَت ذاتَ مثلٍ رجَعَ بمثلِها، وإن كانَت غيرَ ذاتِ مثلٍ رجَعَ بقِيمتِها حينَ تمَلكَها؛ لأنه إذ ذاك صارَ ضامنا لها، فإن اختلَفا في القِيمةِ فالقولُ قولُ مُتملِّكِها؛ لأنه غارمٌ، فلو كانَت عندَ مجيءِ صاحبِها باقيةً بعينِها لكن قد حدَثَ فيها نَماءٌ مُنفصلٌ رجَعَ بالأصلِ دونَ النماءِ؛ لحدوثِ النَّماءِ علىٰ ملكِ الواجدِ، فلو عرَفَ الواجدُ صاحبَها وجَبَ عليه إعلامُه بها ثَمَّ... «الحاوي الكبير» (8/ 14، 15).



إلا مُباشرةُ الأَسبابِ، فإذا أَتىٰ بها ثبَتَ الحُكمُ قَهرًا وجبْرًا مِن اللهِ تَعالىٰ، غيرُ مَوقوفٍ علىٰ اختيارِ المُكلَّفِ، وأما الاقتِراضُ فهو السَّببُ في نفسِه فلَم يثبُتْ المُلكُ بدونِه.

واختارَ **أَبو الخَطابِّ** أنَّها لا تَدخلُ في مُلكِه حتىٰ يَختارَ.

وتُملَكُ اللُّقطةُ مِلكًا مُراعىٰ يَزولُ بمَجيءِ صاحِبِها، ويُضمَنُ له بدلُها إن تعذَّرَ ردُّها.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والظاهِرُ أنَّه يَملكُها بغيرِ عِوضٍ يثبُتُ في ذِمتِه، وإنَّما يَتجددُ وُجوبِ العِوضِ بمَجيءِ صاحِبِها كما يَتجدَّدُ زَوالُ المِلكِ عنها بمَجيئِه، وكما يَتجدَّدُ وُجوبُ نِصفِ الصَّداقِ للزَّوجِ أو بَدلِه إنْ تَعذَّرَ ثُبوتُ المِلكِ فيه بالطَّلاقِ، وهذا قَولُ بعضِ أَصحابِ الشافِعيِّ، وقالَ أَكثرُهم: لا يَملكُها إلا بعِوضٍ يَثبتُ في ذِمتِه لصاحِبِها، وهذا قَولُ القاضِي وأَصحابِه، بدَليلِ أنَّه يَملكُ المُطالبةَ به فأَشبَه الفَرضَ.

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فهي مالُ اللهِ يُؤتِيه مَن يشاءُ**» فجعَلَها مِن المُباحاتِ، ولأنَّه لو ماتَ لَم يُعزَلْ مِن تَركتِه بَدلُها، ولا يَستحقُّ أنْ يَأخذَ مِن الزَّكاةِ بسَببِ الغُرمِ، ولا يَلزمُه أنْ يُوصيَ به، ولا يَمتنعُ وُجوبُ الزَّكاةِ في مالِه بسَببِ الدَّينِ، ولا يَثبتُ شيءٌ مَن أَحكامِ الدَّينِ في حقِّه، وانتِفاءُ أَحكامِه دَليلٌ علىٰ انتِفائِه، وقالَ القاضِي: يَمنعُ ذلك وُجوبَ الزَّكاةِ، ولأنَّه لو ملَكَها بعِوضٍ لَم يَزلْ مُلكُه عنها بمَجيءِ صاحِبِها ولو وقَفَ مُلكُه لها علىٰ رِضاه بالمُعاوضةِ واختِيارِه لأَحدِهما كالقَرضِ

والأَمرُ بخِلافِ ذلك، وإنَّما يَستحقُّ صاحِبُها المُطالبةَ بعدَ مَجيئِه بشَرطِ تَلفِها، فإنَّها لو كانَت مَوجودةً لأخَذَها ولَم يَستحقْ لها بَدلًا، وإنْ كانَت تالِفةً تَجدَّدَ له مِلكُ المُطالبةِ ببَدلِها كما يَتجدَّدُ له المِلكُ فيها لو كانَت مَوجودةً، وكما يَتجدَّدُ له المِلكُ في نِصفِ الصَّداقِ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، وفي بدلِه إنْ كانَ مَعدومًا، وهذا أَشبهُ بمَسألَتِنا، وبه يَبطلُ ما ذكَرُوه، وأمَّا القَرضُ فإنَّه لما ثبَتَ بدَلُه في الذِّمةِ لَم يَعدِ المِلكُ له في المُقرَضِ إلا برِضا المُقرِضِ واختِيارِه[1].

قالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا في حُكمِها بعدَ السَّنةِ، فاتَّفقَ فُقهاءُ الأَمصارِ مالِكٌ والثَّوريُّ والأَوزاعيُّ وأَبو حَنيفةَ والشافِعيُّ وأَحمدُ وأَبو عُبيدٍ وأَبو ثورٍ إذا انقَضَت كانَ له أنْ يَأكلَها إنْ كانَ فَقيرًا أو يَتصدقَ بها إنْ كانَ غنيًّا، فإنْ جاءَ صاحِبُها كانَ مُخيَّرًا بينَ أنْ يُجيزَ الصَّدقةَ فيَنزلَ علىٰ ثَوابِها أو يُضمِّنَه إياها.

واختلَفُوا في الغَنيِّ، هل له أنْ يَأكلَها أو يُنفقَها بعدَ الحَولِ؟

فقالَ مالِكٌ والشافِعيُّ: له ذلك.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: ليسَ له أنْ يَأكلَها أو يَتصدقَ بها، ورُويَ مِثلُ قَولِه عن عليٍّ وابنِ عَباسٍ وجَماعةٍ مِن التابِعينَ.

---

(1) «المغني» (6/ 7، 9)، و«شرح الزركشي» (2/ 215، 218)، و«كشاف القناع» (4/ 266، 268)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 300، 302)، و«منار السبيل» (2/ 307، 309).



وقالَ الأَوزاعيُّ: إنْ كانَ مالًا كَثيرًا جعَلَه في بيتِ المالِ.

ورُوِيَ مِثلُ قَولِ مالِكٍ والشافِعيِّ عن عُمرَ وابنِ مَسعودٍ وابنِ عُمرَ وعائِشةَ.

وكلُّهم مُتفِقونَ علىٰ أنَّه إنْ أكَلَها ضمِنَها لصاحِبِها إلا أَهلَ الظاهِرِ.

واستدَلَّ مالِكٌ والشافِعيُّ بقَولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**فشَأنَك بها**» ولَم يُفرقْ بينَ غنيٍّ وفَقيرٍ.

ومِن الحُجةِ لهما ما رَواه البُخاريُّ والتِّرمذيُّ عن سُويدِ بنِ غَفلةَ قالَ: لقَيتُ أُويسَ بنَ كَعبٍ فقالَ: وجَدتُ صُرةً فيها مِائةُ دِينارٍ فأتَيتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالَ: عرِّفْها حَولًا فعرَّفتُها، فلَم أَجدْ، ثُم أَتيتُه ثَلاثًا، فقالَ: «**احفَظْ وِعاءَها ووِكاءَها، فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فاستَمتِعْ بها**» وخرجَ التِّرمذيُّ وأَبو داوُدَ «فاستَنفِقْها».

فسَببُ الخِلافِ مُعارضةُ ظاهِرِ لَفظِ حَديثِ اللُّقطةِ لأَصلِ الشَّرعِ، وهو أنَّه لا يَحلُّ مالُ امرئٍ مُسلِمٍ إلا عن طِيبِ نَفسٍ مِنه، فمَن غلَّبَ هذا الأَصلَ علىٰ ظاهِرِ الحَديثِ وهو قَولُه بعدَ التَّعريفِ «فشَأنَك بها» قالَ: لا يَجوزُ فيها تَصرُّفٌ إلا بالصَّدقةِ فقط، علىٰ أنْ يَضمنَ إنْ لَم يُجزْ صاحِبُ اللُّقطةِ الصَّدقةَ، ومَن غلَّبَ ظاهِرَ الحَديثِ علىٰ هذا الأَصلِ ورَأىٰ أنَّه مُستَثنىٰ عنه قالَ: تَحلُّ له بعدَ العامِ، وهي مالٌ مِن مالِه لا يَضمَنُها إنْ جاءَ صاحِبُها، ومَن توسَّطَ قالَ: يَتصرفُ بعدَ العامِ فيها وإنْ كانَت عَينًا علىٰ جِهةِ الضَّمانِ[1].

(1) «بداية المجتهد» (2/ 229، 230).

لو جاءَ صاحِبُها بعدَما تصدَّقَ بها المُلتقِطُ:

تقدَّمَ في المَسألةِ السابِقةِ أنَّ المُلتقِطَ إذا تَصدَّقَ باللُّقطةِ بعدَ الحَولِ ثُم جاءَ صاحِبُها فله أنْ يَضمنَه اتِّفاقًا إذا لَم يَرضَ بإِجازةِ الصَّدقةِ.

إذا التقَطَ اللُّقطةَ اثنانِ:

قالَ الحَنفيةُ: إنْ وجَدَ اللُّقطةَ رَجلانِ عرَّفاها جميعًا واشتَرَكا في حُكمِها، ولو ضاعَت اللُّقطةُ مِن يدِ مُلتقِطِها فوجَدَها في يدِ آخرَ فلا خُصومةَ بينَه وبينَه؛ لأنَّ الأولَ قد ارتفَعَت يدُه.

ولو كانَا يَمشيانِ فرَأىٰ أَحدُهما لُقطةً، فقالَ صاحِبُه: هاتِها. فأخَذَها لنفسِه، فهي للآخِذِ دونَ الآمرِ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: وإذا وجَدَ رَجلانِ لُقطةً فأَخَذاها معًا كانَت بينَهما بعدَ التَّعريفِ، كما إذا أَثبَتا صَيدًا.

وإنْ رأَياها معًا فبادَرَ أَحدُهما وأخَذَها كانَت لمَن أخَذَها؛ لأنَّ استِحقاقَ اللُّقطةِ بالأَخذِ دونَ الرُّؤيةِ، كما في الاصطِيادِ.

فإنْ رآها أَحدُهما فقالَ لصاحِبِه: «أَعطِنيها» فأخَذَها الآخَرُ، فإنْ أخَذَها لنفسِه كانَ أَحقَّ بها؛ لأنَّ استِحقاقَها بالأَخذِ دونَ الرُّؤيةِ، وإنْ أخَذَها لصاحِبِه الذي أمَرَه بأَخذِها، فهل تَكونُ للآمرِ؟

فيه وَجهانِ؛ بناءً علىٰ القَولينِ في التَّوكيلِ في الاصطِيادِ والاحتِشاشِ.

(1) «الجوهرة النيرة» (4/ 191، 192)، و«البحر الرائق» (5/ 164).

وإنَ أخَذَ رَجلٌ اللُّقطةَ فضاعَت مِنه ووجَدَها آخرُ فإنَّ الثانِي يُعرِّفُها، فإنْ جاءَ مالِكُها، وأَقامَ البَينةَ عليها وجَبَ عليه ردُّها إليه؛ لأنَّه هو المالِكُ لها، وإنْ لَم يَجدْ مالِكَها ولكنْ جاءَ المُلتقِطُ الأَولُ وأَقامَ البَينةَ علىٰ التِقاطِه لها وجَبَ علىٰ الثانِي ردُّها إليه؛ لأنَّ الأَولَ قد ثبَتَ له عليها حقٌّ بالالتِقاطِ، فوجَبَ ردُّها إليه كما لو تَحجَّرَ مَواتًا.

ولو أخَذَ اللُّقطةَ اثنَانِ فترَكَ أَحدُهما حقَّه مِن الالتِقاطِ للآخرِ لَم يَسقطْ، كما لا يَجوزُ للمُلتقِطِ نقلُ حقِّه إلىٰ غيرِه، فيُعرِّفانِها ويَتملَّكانِها بعدَ التَّعريفِ.

وإنْ أَقامَ كلٌّ مِنهما بَينةً بأنَّه المُلتقطُ ولَم يَسبقْ تاريخٌ لهما تَعارَضَتا.

ولو سَقطَت مِن المُلتقِطِ لها فالتقَطَها آخرُ فالأَولُ أَولىٰ بها مِنه؛ لسَبقِه علىٰ الأَصحِّ، وقيلَ: للثانِي.

ولو أمَرَ واحدٌ آخرَ بالتِقاطِ لُقطةٍ رَآها فأخَذَها فهي للآمرِ إنْ قصَدَه الآخَرُ ولو معَ نفسِه، وإلا فهي له، ولا يُشكلُ هذا بما مرَّ في الوكالةِ مِن عَدمِ صِحتِها في الالتِقاطِ؛ لأنَّ ذلك في عُمومِ الالتِقاطِ، وهذا في خُصوصِ لُقطةٍ وُجدَت، فالأَمرُ بأَخذِها استِعانةٌ مُجردةٌ علىٰ تَناولِ شيءٍ مُعينٍ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ وجَدَ اللُّقطةَ اثنَانِ فهي بينَهما؛ لأنَّهما اشترَكا في السَّببِ فاشترَكا في الحُكمِ.

---

(1) «البيان» (7/ 522)، و«النجم الوهاج» (6/ 44)، و«مغني المحتاج» (3/ 521، 522).

وإنْ ضاعَت مِن واجِدِها فوجَدَها آخرُ ردَّها علىٰ الأَولِ؛ لأنَّه قد ثبَتَ له الحقُّ فيها فوجَبَ ردُّها إليه كالمِلكِ.

وإنْ رَآها اثنَانِ فرفَعَها أَحدُهما فهي له؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن سبَقَ إلىٰ ما لَم يَسبِقْ إليه مُسلمٌ فهو له».

وكذا إنْ رَآها أَحدُهما فأَعلَمَ صاحِبَه فأخَذَها، فهي للآخِذِ؛ لأنَّ استِحقاقَ اللُّقطةَ بالأَخذِ لا بالرُّؤيةِ كالاصطِيادِ.

لو رَأىٰ اللُّقطةَ اثنَانِ فقالَ أَحدُهما للآخرِ: «هاتِها» فأخَذَها لنفسِه، فهي للآخِذِ، وإنْ أخَذَها للآمِرِ فهي للآمِرِ، كما لو وكَّلَه في الاصطِيادِ له، وذُكِرَ في «الكافِي» أنَّها لرافِعِها؛ لأنَّه لا يَصِحُ التَّوكيلُ فيه.

فإنْ التقطَها اثنَانِ فعَرَّفاها حَولًا ملَكَاها جميعًا، وإنْ قُلْنا بوُقوفِ المِلكِ علىٰ الاختِيارِ فاختارَ أَحدُهما دونَ الآخرِ ملَكَ المُختارُ نِصفَها دونَ الآخرِ[1].

لُقطةُ الحَرمِ والحاجّ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ لُقطةِ الحَرمِ، هل حُكمُها مُختلِفٌ عن لُقطةِ الحِلِّ؟ فلا يَجوزُ التِقاطُها للتَّملُّكِ، بل للحِفظِ فقط لصاحِبِها؟ أم هي وغيرُها سواءٌ، فيَجوزُ التِقاطُها للتَّملُّكِ وللحِفظِ؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ في قَولٍ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا فرقَ بينَ لُقطةِ الحِلِّ والحَرمِ في شيءٍ، فيُصنَعُ بها ما

(1) «المغني» (6/ 8)، و«الكافي» (2/ 360)، و«المبدع» (5/ 283)، و«الإنصاف» (6/ 416، 417).



يُصنَعُ بلُقطةِ الحِلِّ مِن التَّعريفِ والتَّملُّكِ بعدَه؛ لعُمومِ الأَحاديثِ الوارِدةِ في الالتِقاطِ مِن غيرِ فصلٍ بينَ لُقطةِ الحِلِّ والحَرَمِ، ولأنَّه أَحدُ الحَرمينِ فأَشبَه حَرَمَ المَدينةِ في الالتِقاطِ، ولأنَّها أَمانةٌ فلَم يَختلفْ حُكمُها بالحِلِّ والحَرمِ كالوَديعةِ.

وقد رُوِيَ عن أمِّ المُؤمنينَ عائِشةَ رَضِيَ اللهُ عَنها هذا، فعن مُعاذَةَ العَدويةِ أنَّ امرَأةً سأَلَت عائِشةَ فقالَت: «**إنِّي أَصَبتُ ضالَّةً في الحَرمِ وإنِّي عرَّفتُها فلَم أَجدْ أَحدًا يَعرِفُها فقالَت لها عائِشةُ: استَنفِعي بها**»[1].

وقَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**إلا لمُنشِدٍ**» يَحتمِلُ أنْ يُريدَ: إلا لمَن عرَّفَها عامًا، لئلَّا يُظنَّ الاكتِفاءُ بتَعريفِها في المَوسمِ لكَثرةِ الناسِ فيه، وتَخصيصُها بذلك لتَأكيدِها لا لتَخصيصِها، كقَولِه عَلَيهِ السَّلَامُ: «**ضالَّةُ المُسلمِ حَرقُ النَّارِ**» وضالَّةُ الذِّميِّ مَقيسةٌ عليها[2].

وذهَبَ الشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابلةُ في رِوايةٍ اختارَها ابنُ تَيميةَ وابنُ القَيمِ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُ لُقطةِ الحَرمِ للتَّملُّكِ، وإنَّما يَجوزُ حِفظُها

---

(1) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (4/ 139) بإسناد صحيح.

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 202، 203)، و«شرح معاني الآثار» (4/ 140)، و«العناية» (8/ 213)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 270، 271)، رقم (1113)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 557، 558)، و«المغني» (6/ 11)، و«شرح الزركشي» (2/ 217)، و«المبدع» (5/ 283، 284)، و«الإنصاف» (6/ 413، 414)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 300)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 230)، و«الإفصاح» (2/ 64، 65).

لصاحِبِها، فإنِ التَقطَها عرَّفَها أبدًا حتىٰ يَأتِيَ صاحِبُها؛ لما رُوِيَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه «نَهىٰ عن لُقَطِ الحاجِّ»[1]، ولقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في مَكةَ: «**ولا تحِلُّ لُقطتُها إلا لمُنشِدٍ**»[2]، وفي رِوايةٍ «**ولا تحِلُّ ساقِطتُها إلا لمُنشِدٍ**»[3]، ولخبَرِ الصَّحيحينِ: «**إنَّ هذا البَلدَ حرَّمَه اللهُ، لا يُعضَدُ شَوكُه ولا يُنفَّرُ صَيدُه ولا يَلتقطُ لُقطتَه إلا مَن عرَّفَها**»[4]، فقَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا تحِلُّ لُقطتُه إلا لمُنشِدٍ**» أي: لا تَحلُّ لُقطتُها لمَن يُريدُ أنْ يُعرِّفَها سَنةً ثُم يَتملَّكُها كما في باقِي البِلادِ، بل لا تَحلُّ إلا لمَن يُعرِّفُها أبدًا ولا يَتملَّكُها.

ففرَّقَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَها وبينَ غيرِها، وأَخبَرَ أنَّها لا تَحلُّ إلا للتَّعريفِ لا للانتِفاعِ بها، ولَم يُوقِّتْ في التَّعريفِ بسَنةٍ كغيرِها، فدَلَّ علىٰ أنَّه أَرادَ التَّعريفَ علىٰ الدَّوامِ، وإلا فلا فائِدةَ في التَّخصيصِ.

فلو كانَ حُكمُ لُقطةِ مَكةَ حُكمَ غيرِها ما كانَ لقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا تَحلُّ لُقطتُها إلا لمُنشِدٍ**» معنىٰ تَختصُّ به مَكةُ كما تَختصُّ بسائِرِ ما وكِّدَ في هذا الحَديثِ؛ لأنَّ لُقطةَ غيرِها كذلك يَحلُّ لمُنشِدِها بعدَ الحَولِ الانتِفاعُ بها، فدَلَّ مَساقُ هذا الحَديثِ كلِّه علىٰ تَخصيصِ مَكةَ ومُخالفةِ لُقطتِها لغيرِها مِن البُلدانِ، كما خالَفَتها في كلِّ ما ذُكرَ في الحَديثِ، مِن أنَّها حَرامٌ لا تَحلُّ لأَحدٍ ساعةً مِن نَهارٍ بعدَ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنَّه لا يُنفَّرُ صَيدُها، ولا

---

(1) أخرجه مسلم (1724).

(2) أخرجه البخاري (4059).

(3) أخرجه البخاري (2302)، ومسلم (1355).

(4) أخرجه البخاري (1510)، ومسلم (1353).

يُختَلىٰ خِلاها، وغيرُ ذلك ممَّا خُصَّت به مِن أنَّه لَم يَستبحْ دِماءَهم ولا أَموالَهم، ولا جَرىٰ فيهم الرِّقُّ كغيرِهم.

ومِن الحُجةِ أيضًا لذلك أنَّ المُلتقطَ إنَّما يَتملَّكُ اللُّقطةَ في غيرِ مَكةَ بعدَ الحَولِ؛ حِفظًا لها علىٰ ربِّها وحِرزًا لها؛ لأنَّه لا يَقدرُ علىٰ إيصالِها إليه، ويَخشىٰ تَلفَها، فيتَملَّكُها وتَتعلقُ قِيمتُها بذمتِه، ولُقطةُ مَكةَ يُمكنُ إيصالُها إلىٰ ربِّها؛ لأنَّه إنْ كانَ مِن أَهلِ مَكةَ فإنَّ مَعرفتَه تَقربُ، وإنْ كانَ غَريبًا لا يُقيمُ بها فإنَّه يَعودُ إليها بنفسِه، أو يَقدرُ علىٰ مَن يَسيرُ إلىٰ مَكةَ مِن أَهلِ بلدِه فيَتعرَّفُ له ذلك؛ لأنَّها تُقصَدُ في كلِّ عامٍ مِن أَقطارِ الأَرضِ، فإذا كانَت اللُّقطةُ فيها مُعرَّضةً للإِنشادِ أبدًا أو شكَّ أنْ يَجدَها باغِيها ويَصلَ إليها ربُّها، فهذا الفَرقُ بينَ مَكةَ وسائِرِ البِلادِ.

فالمَعنىٰ فيه أنَّ حَرمَ مَكةَ -شرَّفَها اللهُ تَعالىٰ- مَثابةٌ للنَّاسِ، يَعودونَ إليه المَرةَ بعدَ الأُخرىٰ، فرُبما يَعودُ مالِكُها مِن أَجلِها، أو يَبعثُ في طَلبِها، فكأنَّه جعَلَ مالَه به مَحفوظًا عليه كما غَلُظَت الديَّةُ فيه.

قالَ الخَطيبُ الشِّربينيُّ: مَحلُّ الخِلافِ في المُتموَّلِ، أما غيرُه فيَستبدُّ به واجِدُه كما هو ظاهِرٌ، وإنْ لَم أرَ مَن تَعرَّضَ له...

وليسَت لُقطةُ عَرفةَ ومُصلىٰ إِبراهيمَ كلُقطةِ الحَرمِ.

ويَجبُ تَعريفُها قطعًا عندَ التِقاطِها للحِفظِ؛ للخبَرِ المارِّ.

ويَلزمُ المُلتقطَ الإِقامةُ للتَّعريفِ، أو دَفعُها للحاكِمِ[1].

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 521)، و«شرح صحيح مسلم» للنووي (9/ 126)، و«النجم =

قالَ الماوِرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفي المُنشدِ تَأويلانِ:

أَحدُهما -وهو قولُ أَبي عُبيدٍ-: أنَّه صاحِبُها الطالِبُ، والناشِدُ هو المُعرِّفُ الواجِدُ لها، قالَ الشاعِرُ:

يَصيخُ للنَّبأةِ أَسماعَه إصاخةَ النَّاشِدِ للمُنشِدِ

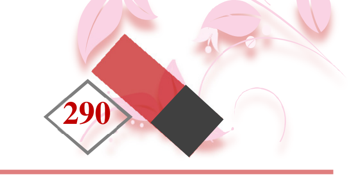
فكأنَّ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: لا يَحلُّ لأَحدٍ أنْ يَتملَّكَها إلا صاحِبُها التي هي له دونَ الواجِدِ.

والتَّأويلُ الثاني -وهو قَولُ الشافِعيِّ-: أنَّ المُنشِدَ الواجِدُ المُعرِّفُ، والناشِدُ هو المالِكُ الطالِبُ، ورُوِيَ أنَّ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سمِعَ رَجلًا يَنشدُ ضالَّةً في المَسجدِ فقال: «**أيُّها الناشِدُ غيرُك الواجِدُ**»، مَعناه: لا وجَدتَ، كأنَّه دَعا عليه، فعلىٰ هذا التَّأويلِ مَعنىٰ قَولِه: «**لا تَحلُّ لُقطتُها إلا لمُنشِدٍ**» أي: لمُعرِّفٍ يُقيمُ علىٰ تَعريفِها ولا يَتملَّكُها، فكانَ في كلا التَّأوِّيلين دَليلٌ علىٰ تَحريمِ تَملُّكِها، ولأنَّ مَكةَ لمَّا بايَنَت غيرَها في تَحريمِ صَيدِها وشَجرِها تَغليظًا لحُرمتِها بايَنَت غيرَها في مِلكِ اللُّقطةِ، ولأنَّ مَكةَ لا يَعودُ الخارِجُ مِنها غالبًا إلا بعدَ حَولٍ إنْ عادَ، فلَم يَنتشرْ إنشادُها في البِلادِ كلِّها، فلذلك وجَبَ عليه إدامةُ تَعريفِها، ولا فرقَ بينَ مكةَ وبينَ سائرِ الحَرمِ؛ لاستِواءِ جَميعِ ذلك في الحُرمةِ[1].

=

الوهاج» (6/ 43، 45)، و«تحفة المحتاج» (7/ 645)، و«الديباج» (2/ 565).

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 5).



وقالَ الإمامُ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ اللَّهُ: فصلٌ: وقَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ولا يَلتقِطُ ساقِطتَها إلا مَن عرَّفَها**» وفي لفظٍ: «**ولا تَحلُّ ساقِطتُها إلا لمُنشدٍ**» فيه دَليلٌ على أنَّ لُقطةَ الحَرمِ لا تُملَكُ بحالٍ، وأنَّها لا تُلتقَطُ إلا للتَّعريفِ لا للتَّمليكِ، وإلا لَم يَكنْ لتَخصيصِ مَكةَ بذلك فائِدةٌ أصلًا، وهذا هو الصَّحيحُ، والحَديثُ صَريحٌ فيه، والمُنشِدُ المُعرِّفُ، والناشِدُ الطالِبُ، ومِنه قَولُه: «إصاخةُ الناشِدِ للمُنشِدِ»، وقد رَوى أَبو داودَ في سُننِه أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نَهى عن لُقطةِ الحاجِّ»، وقالَ ابنُ وهبٍ: يَعني: يَتركُها حتى يَجدَها صاحِبُها.

قالَ شَيخُنا: وهذا مِن خَصائصِ مَكةَ، والفَرقُ بينَها وبينَ سائرِ الآفاقِ في ذلك أنَّ النَّاسَ يَتفرَّقونَ عنها إلى الأَقطارِ المُختلِفةِ، فلا يَتمكنُ صاحِبُ الضالَّةِ مِن طَلبِها والسَّؤالِ عنها بخِلافِ غَيرِها مِن البِلادِ[1].

(1) «زاد المعاد» (3/ 453، 454)، ويُنْظَر: «شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 557، 558)، و«المغني» (6/ 11)، و«زاد المعاد» (3/ 453، 454)، و«شرح الزركشي» (2/ 217)، و«المبدع» (5/ 283، 284)، و«الإنصاف» (6/ 413، 414)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 300)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 230)، و«بداية المجتهد» (2/ 229)، و«الإفصاح» (2/ 64، 65).

الرُّكْنُ الثانِي: المُلتقط:

مَن يَصِحُّ مِنه الالتِقاطُ ومَن لا يَصِحُّ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ الإنسانَ الحُرَّ المُسلِمَ البالِغَ العاقِلَ غيرَ المَحجورِ عليه لسَفهٍ يَصحُّ التِقاطُه.

واختلَفُوا في الذِّميِّ والمُرتدِّ والصَّغيرِ والمَجنونِ والسَّفيهِ، هل يَصحُّ التِقاطُهم أم لا؟

وسَببُ اختِلافِهم: **هل المُغلَّبُ في اللُّقطةِ الأمانةُ والوِلايةُ فلا يَصحُّ التِقاطُهم؟ أم المُغلَّبُ فيها الاكتِسابُ فيَصحُّ التِقاطُهم؟**

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في المَذهبِ عندَهم والحَنابلةُ إلىٰ أنَّه يَصحُّ الالتِقاطُ مِن أيِّ إنسانٍ، سَواءٌ كانَ مُسلِمًا أو كافرًا، بالِغًا أو غيرَ بالِغٍ، عاقِلًا أو مَجنونًا، حُرًّا أو عَبدًا، **إلا أنَّ الحَنفيةَ** استَثنَوا المَجنونَ.

قالَ الحَنفيةُ: يَصحُّ التِقاطُ صَبيٍّ وعَبدٍ، ويَكونُ التَّعريفُ إلىٰ وَليِّ الصَّبيِّ.

وصحَّ أيضًا التِقاطُ الكافِرِ والمُرتدِّ، وعليه فتَثبُتُ الأَحكامُ مِن التَّعريفِ والتَّصدُّقِ بعدَه أو الانتِفاعِ.

ويُشترطُ أنْ يَكونَ عاقِلًا، فلا يَصحُّ التِقاطُ المُجنونِ، وكذا المَعتوهُ **علىٰ قَولٍ**، وفائِدةُ عَدمِ صِحةِ التِقاطِ المَجنونِ ونحوِه أنَّه بعدَ الإفاقةِ ليسَ له الأَخذُ مِمَّن أخَذَها منه[1].

(1) «البحر الرائق» (5/ 162)، و«حاشية ابن عابدين» (4/ 277، 278).

وقالَ الشافِعيةُ في المَذهبِ: يَصحُّ التِقاطُ الفاسِقِ والمُرتدِّ والسَّفيهِ والصَّبيِّ والمَجنونِ والذِّميِّ في دارِ الإسلامِ -وفي مَعناه المُستأمَنُ والمُعاهِدُ- كاصطِيادِهم واحتِطابِهم؛ لأنَّ المُغلَّبَ فيها مَعنىٰ الاكتِسابِ؛ لأنَّه مآلُ الأمرِ لا الأَمانةُ والوِلايةُ.

وأمَّا الحَربيُّ يَجدُها في دارِ الإسلامِ فإنَّها تُنزَعُ مِنه بلا خِلافٍ، ومَن أخَذَها مِنه كانَ له تَعريفُها وتملُّكُها، وقيلَ: تَكونُ غَنيمةً للمُسلمينَ.

وأمَّا المُرتدُّ فتُردُّ لُقطتُه علىٰ الإمامِ، وتَكونُ فيئًا إنْ ماتَ مُرتدًّا، فإنْ أَسلَمَ فحُكمُه كالمُسلِمِ.

ويَنزِعُ القاضِي اللُّقطةَ مِن الفاسِقِ -ومِثلُه الكافِرُ-، ويَضعُها عندَ عدلٍ في الأَظهرِ؛ لأنَّ مالَ وَلدِه لا يَقرُّ في يدِه فكيفَ مالُ الأَجانبِ؟

والثاني لا؛ لأنَّ له حقَّ التَّملُّكِ -أي إنْ أمِنَت غائِلتُه- ولكنْ يُضمُّ إليه عَدلٌ مُشرفٌ، وأُجرةُ العَدلِ علىٰ القَولينِ في بَيتِ المالِ، فإنْ لَم يَكنْ فمِن الواجِدِ الفاسِقِ.

والأظهرُ أنَّه لا يُعتمَدُ تَعريفُه، بل يُضمُّ إليه عَدلٌ رَقيبٌ خَشيةً مِن التَّفريطِ في التَّعريفِ.

والثاني: يُعتمَدُ مِن غيرِ رَقيبٍ؛ لأنَّه المُلتقِطُ، ومُؤنةُ التَّعريفِ عليه علىٰ القَولينِ.

ويَنزِعُ الوَليُّ وُجوبًا لُقطةَ الصَّبيِّ والمَجنونِ والسَّفيهِ لحقِّهم وحقِّ المالِكِ، كما يَنزَعُ مِنهم أُموالَهم، وتَكونُ يدُه نائِبةً عنهم كما نابَ عنهم في

مالِهم، ويُعرِّفُها الوَليُّ لا مِن مالِ الصَّبيِّ والمَجنونِ والسَّفيهِ، بل يَرفعُ الأَمرَ إلىٰ الحاكِمِ ليَبيعَ جُزءًا مِن اللُّقطةِ لمُؤنةِ التَّعريفِ.

ولا يَصحُّ تَعريفُ الصَّبيِّ والمَجنونِ، وأمَّا السَّفيهُ فيَصحُّ تَعريفُه، ولا بدَّ مِن إذنِ وَليِّه.

ويَتملَّكُها للصَبيِّ ونَحوِه إنْ رَأىٰ ذلك مَصلحةً؛ حيثُ يَجوزُ الاقتِراضُ له؛ لأنَّ التَّملُّكَ في مَعنىٰ الاقتِراضِ، فإنْ لَم يرَهُ مَصلحةً له حفِظَه أَمانةً أو دفَعَه إلىٰ القاضِي، ويَضمنُ الوَليُّ إن قصَّرَ في انتِزاعِه حتىٰ تلِفَ في يدِ الصَّبيِّ ومَن ذُكِر معَه، أو أتلَفَه كلٌّ مِنهم لتَقصيرِه، كما لو قصَّرَ في حِفظِ ما احتَطبَه.

فإنْ لَم يُقصِّرْ في انتِزاعِها ضمِنَ الصَّبيُّ ومَن ذُكِرَ معَه بالإتلافِ لا بالتَّلفِ بلا تَقصيرٍ، ويَعرِفُ التالِفُ المَضمونَ، ويُتملَّكُ للصَّبيِّ ونَحوِه القِيمةُ بعدَ قَبضِ الحاكِمِ لها.

ولو لَم يَعلمْ بها الوَليُّ حتىٰ بلَغَ الصَّبيُّ أو أَفاقَ المَجنونُ أو رَشَدَ السَّفيهُ كانَ كما لو وجَدَها بعدَ زَوالِ الحَجرِ، سَواءٌ استَأذنَ الحاكِمَ فأَقرَّها في يدِه أم لا.

والأَظهرُ بُطلانُ التِقاطِ العَبدِ إذا لَم يَأذنْ له فيه السَّيدُ ولَم يَنهَه؛ لأنَّ اللُّقطةَ أَمانةٌ ووِلايةٌ ابتداءً، وتَمليكٌ انتِهاءً، وليسَ هو مِن أَهلِها.

والثاني صِحتُه، ويَكونُ لسيِّدِه كاحتِطابِه واصطِيادِه، فإنْ أذِنَ له كقَولِه: متىٰ وجَدتَ لُقطةً فأتِني بها. صحَّ جَزمًا، وإنْ نَهاه امتنَعَ جَزمًا[1].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 203)، و«كنز الراغبين» (3/ 283، 284)، و«النجم الوهاج» =



وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَسألةٌ: قالَ: (وإنْ كانَ الَّذي وجَدَ اللُّقطةَ سَفيهًا أو طِفلًا قامَ وَليُّه بتَعريفِها، فإنْ تمَّت السَّنةَ ضمَّها إلىٰ مالِ واجِدِها).

وجُملةُ ذلك أنَّ الصَّبيَّ والمَجنونَ والسَّفيهَ إذا التَقطَ أَحدُهم لُقطةً ثبَتَت يدُه عليها؛ لعُمومِ الأَخبارِ، ولأنَّ هذا تَكسُّبٌ فصحَّ مِنه كالاصطِيادِ والاحتِطابِ، وإنْ تلِفَت في يدِه بغيرِ تَفريطٍ فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه أخذَ ما لَه أخذُهُ، وإنْ تلِفَت بتَفريطِه ضمِنَها في مالِه، وإذا علِمَ بها وَليُّه لزِمَه أَخذُها؛ لأنَّه ليسَ مِن أَهلِ الحِفظِ والأَمانةِ، فإنْ ترَكَها في يدِه ضمِنَها؛ لأنَّه يَلزمُه حِفظُ ما يَتعلَّقُ به حقُّ الصَّبيِّ، وهذا يَتعلَّقُ به حَقُّه، فإذا ترَكَها في يدِه كانَ مُضيِّعًا لها، وإذا أخَذَها الوَليُّ عرَّفَها؛ لأنَّ واجِدُها ليسَ مِن أَهلِ التَّعريفِ، فإذا انقَضَت مُدةُ التَّعريفِ دخَلَت في مِلكِ واجِدِها؛ لأنَّ سَببَ المِلكِ تمَّ شَرطُه فيثبُتُ المِلكُ له كما لو اصطادَ صَيدًا، وهذا مَذهبُ الشافِعيِّ، إلا أنَّ أَصحابَه قالُوا: إذا انقَضَت مُدةُ التَّعريفِ فكانَ الصَّبيُّ والمَجنونُ بحيثُ يُستقرَضُ لهما يَتملَّكُه لهما وإلا فلا، وقالَ بَعضُهم: يَتملَّكُه لهما بكلِّ حالٍ؛ لأنَّ الظاهِرَ عَدمُ ظُهورِ صاحِبِه فيكونُ تَملُّكُه مَصلحةً له.

ولنا: عُمومُ الأَخبارِ، ولو جَرىٰ هذا مَجرىٰ الاقتِراضِ لَمَا صحَّ التِقاطُ صَبيٍّ لا يَجوزُ الاقتِراضُ له؛ لأنَّه يَكونُ تَبرعًا بحِفظِ مالِ غيرِه مِن غيرِ فائِدةٍ.

فصلٌ: قالَ أَحمدُ في رِوايةِ العباسِ بنِ موسَىٰ في غُلامٍ له عَشرُ سِنينَ التقَطَ لُقطةً ثُم كبِرَ: فإنْ وجَدَ صاحِبَها دفَعَها إليه، وإلا تصدَّقَ بها، قد أَمضىٰ

=

(6/ 11، 12)، و«مغني المحتاج» (3/ 505، 506)، و«الديباج» (2/ 551، 552).

أَجلَ التَّعريفِ فيما تقدَّمَ مِن السِّنينِ، ولَم يَرِدْ عليه استِقبالُ أَجلِ التَّعريفِ، قالَ: وقد كنتُ سمِعتُه قبلَ هذا أو بعدَه يَقولُ في انقِضاءِ أَجلِ التَّعريفِ: إذا لَم يَجدْ صاحِبَها، أيَتصدَّقُ بمالِ الغيرِ؟ وهذه المَسألةُ قد مَضىٰ نَحوَها فيما إذا لَم يُعرفْ المُلتقِطُ اللُّقطةَ في حَولِها، فإنَّه لا يَملكُها وإنْ عرَّفَها فيما بعدَ ذلك؛ لأنَّ التَّعريفَ بعدَه لا يُفيدُ ظاهِرًا؛ لكَونِ صاحِبُها يئِسَ مِنها وترَكَ طلبَها، وهذه المَسألةُ تَدلُّ علىٰ أنَّه إذا ترَكَ التَّعريفَ لعُذرٍ كانَ كتَركِه لغيرِ عُذرٍ؛ لكَونِ الصَّبيِّ مِن أَهلِ العُذرِ، وقد ذكَرْنا في هذا وَجهينِ فيما تقدَّمَ.

وقالَ أَحمدُ في غُلامٍ لَم يَبلغْ أصابَ عَشرةَ دَنانيرَ فذهَبَ بها إلىٰ مَنزِلِه فضاعَت فلمَّا بلَغَ أَرادَ ردَّها فلَم يَعرفْ صاحِبَها: تَصدقْ بها، وإنْ لَم يَجدْ عَشرةً وكانَ يَجحفُ به تَصدقْ قَليلًا قَليلًا.

قالَ القاضِي: مَعنىٰ هذا أنَّها تلِفَت بتَفريطِ الصَّبيِّ، وهو أنَّه لَم يُعلِمْ وَليَّه حتىٰ يَقومَ بتَعريفِها.

فصلٌ: فإذا وجَدَ العَبدُ لُقطةً فله أَخذُها بغيرِ إِذنِ سيدِه ويَصحُّ التِقاطُه، وبذا قالَ أَبو حَنيفةَ وهو أَحدُ قَولَي الشافِعيِّ، وقالَ في الآخرِ: لا يَصحُّ التِقاطُه؛ لأنَّ اللُّقطةَ في الحَولِ الأَولِ أَمانةٌ وِلايةٍ وفي الثاني تملُّكٌ والعَبدُ ليسَ مِن أَهلِ الوِلاياتِ ولا المِلكِ.

ولنا: عُمومُ الخبَرِ، ولأنَّ الالتِقاطَ سَببٌ يَملكُ به الصَّبيُّ ويَصحُّ مِنه فصحَّ مِن العَبدِ كالاحتِطابِ والاصطِيادِ، ولأنَّ مَن جازَ له قَبولُ الوَديعةِ صحَّ مِنه الالتِقاطُ كالحُرِّ...



فصلٌ: والذِّميُّ في الالتِقاطِ كالمُسلِمِ، ومِن أَصحابِ الشافِعيِّ مَن قالَ: ليسَ له الالتِقاطُ في دارِ الإِسلامِ؛ لأنَّه ليسَ مِن أَهلِ الأَمانةِ.

ولنا: أنَّها نوعُ اكتِسابٍ فكانَ مِن أَهلِها كالاحتِشاشِ والاحتِطابِ، وما ذكَرُوه يَبطلُ بالصَّبيِّ والمَجنونِ، فإنَّه يَصحُّ التِقاطُهما معَ عَدمِ الأَمانةِ.

إذا ثبَتَ هذا فإنَّه إنْ عرَّفَ اللُّقطةَ حَولًا ملَكَها كالمُسلِمِ، وإنْ علِمَ بها الحاكِمُ أو السُّلطانُ أقرَّها في يدِه، وضمَّ إليه مُشرفًا عدلًا يُشرفُ عليه ويُعرِّفُها؛ لأنَّنا لا نَأمنُ الكافِرَ علىٰ تَعريفِها، ولا نَأمنُه أنْ يُخلَّ في التَّعريفِ بشيءٍ مِن الواجِبِ عليه فيه، وأَجرُ المُشرِفِ عليه، فإذا تمَّ حَولُ التَّعريفِ ملَكَها المُلتقِطُ، ويُحتمَلُ أنْ تُنزَعَ مِن يدِ الذِّميِّ وتوضَعُ علىٰ يدِ عدلٍ؛ لأنَّه غيرُ مَأمونٍ عليها[1].

وأمَّا المالِكيةُ فقالَ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فأمَّا المُلتقِطُ فهو كلُّ حُرٍّ مُسلمٍ بالِغٍ؛ لأنَّها وِلايةٌ[2].

(1) «المغني» (6/ 25، 27).

(2) «بداية المجتهد» (2/ 229).

الرُّكنُ الثالثُ: المُلتقَطُ:

المُلتقَطُ قِسمانِ: أَحدُهما: حَيوانٌ، وثانِيهما: جَمادٌ غيرُ حَيوانٍ.

القِسمُ الأَولُ: الحَيوانُ:

الحَيوانُ ثَلاثةُ أَنواعٍ:

نَوعٌ يَصحُ التِقاطُه بالإجماعِ، ونَوعٌ لا يَصحُّ التِقاطُه للتَّملُّكِ عندَ عامةِ الفُقهاءِ خِلافًا للحَنفيةِ، ونَوعٌ مُختلَفٌ فيه بأيِّهما يَلحَقُ مِنهما.

النَّوعُ الأَولُ: ما يَصحُّ التِقاطُه: (لُقطةُ الغنمِ، وكلُّ حَيوانٍ لا يَمتنعُ بنَفسِه):

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهِبِ الأَربعةِ علىٰ صِحةِ التِقاطِ الغَنمِ إذا كانَت في الفَلاةِ، إلا رُوايةً عن أَحمدَ.

قالَ الإمامُ ابنُ هُبيرة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفقُوا علىٰ أنَّ التِقاطِ الغَنمِ جائزٌ عدا رِوايةٍ عن أَحمدَ: أنَّ التِقاطَها لا يَجوزُ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **مَسألةٌ**: قالَ: (وإذا وجَدَ الشاةَ بمِصرَ أو بمَهلكةٍ فهي لُقطةٌ).

يَعني أنَّه يُباحُ أَخذُها والتِقاطُها، وحُكمُها إذا أخَذَها حُكمُ الذَّهبِ والفِضةِ في التَّعريفِ والمِلكِ بعدَه، هذا الصَّحيحُ مِن مَذهبِ أَحمدَ وقَولِ أَكثرِ أَهلِ العِلمِ.

(1) «الإفصاح» (2/ 64).



قالَ ابنُ عبدِ البَرِّ: أجمَعُوا علىٰ أنَّ ضالَّةَ الغَنمِ في المَوضعِ المُخوَّفِ عليها له أكلُها.

وكذلك الحُكمُ في كلِّ حَيوانٍ لا يَمتنعُ بنفسِه مِن صِغارِ السِّباعِ، وهي الثُّعلبُ وابنُ آوىٰ والذِّئبُ ووَلدُ الأسدِ ونحوُها، فما لا يَمتنعُ مِنها كفُصلانِ الإبلِ وعُجولِ البَقرِ وأفلاءِ الخَيلِ والدَّجاجِ والإوزِّ ونحوِها يَجوزُ التِقاطُه، ويُروىٰ عن أحمدَ رِوايةٌ أُخرىٰ، ليسَ لغيرِ الإمامِ التِقاطُها، وقالَ اللَّيثُ بنُ سعدٍ: لا أُحبُّ أنْ يَقرَّ بها إلا أنْ يُحرزَها لصاحِبِها؛ لقَولِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يُؤوِي الضالَّةَ إلا ضالٌّ**»[1]، ولأنَّه حَيوانٌ أشبَهَ الإبلَ.

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمَّا سُئلَ عن الشاةِ: «**خُذْها، فإنَّما هي لك أو لأخيك أو للذِئبِ**» مُتفقٌ عليه، ولأنَّه يُخشىٰ عليه التَّلفُ والضَّياعُ، فأَشبهَ لُقطةَ غيرِ الحَيوانِ، وحَديثُنا أخصُّ مِن حَديثِهم فنَخصُّه به، والقِياسُ علىٰ الإبلِ لا يَصحُّ، فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علَّلَ مَنعَ التِقاطِها بأنَّ معَها حِذاءَها وسِقاءَها، وهذا مَعدومٌ في الغَنمِ، ثُم قد فرَّقَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَهما في خبَرٍ واحدٍ فلا يَجوزُ الجَمعُ بينَ ما فرَّقَ الشارعُ بينَهما، ولا قِياسُ ما أمَرَ بالتِقاطِه علىٰ ما منَعَ ذلك مِنه[2].

---

(1) حَديثٌ صَحيحٌ: رواه أبو داود (1702)، وابن ماجه (2503)، وأحمد (4/ 360، 362)، وغيرُهم من حديثِ جَريرِ بنِ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وأخرجه مسلم (1725) عن زيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بلفظِ: «مَن آوىٰ ضالَّةً فهو ضالٌّ ما لم يعرفْها».

(2) «المغني» (6/ 28).

واستدلَّ جماهيرُ أهلِ العِلمِ على جوازِ التِقاطِ ضالَّةِ الغَنمِ بخبَرِ الصَّحيحينِ عن زَيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: جاءَ رَجلٌ إلى رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألَه عن اللُّقطةِ فقالَ: «**اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم عرِّفْها سَنةً فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فشَأنَك بها**». قالَ: فضالَّةُ الغَنمِ؟ قالَ: «**هي لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ**». قالَ فضالَّةُ الإبلِ؟ قالَ: «**ما لك ولها، معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها، تَرِدُ الماءَ وتأكُلُ الشَّجرَ حتى يَلقاها ربُّها**»[1].

والفَرقُ بينَها وبينَ ضالَّةِ الإبلِ أنَّ الإبلَ تَحفظُ نَفسَها مِن الوَحشِ إنْ أرادَها، وتَعيشُ بنفسِها وتَقدرُ على الشُّربِ مِن الغَدِرِ[2] والأَكلِ مِن الشَّجرِ، فيَبعدُ خَوفُ الهَلاكِ عليها، وربَّما يَجيءُ صاحِبُها فيَجدُها، وليسَ كذلك ضالَّةُ الغَنمِ؛ لأنَّها لا تَعيشُ بنفسِها ولا تَقدرُ على الشُّربِ مِن الغدرِ ولا تَمتنعُ مِن الوَحشِ والحَيوانِ المُفترسِ، وكانَ الغالِبُ هَلاكَها حتى لَم تُؤخذْ[3].

هل يَجوزُ له أكلُ ضالَّةِ الغَنَمِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ على أنَّ ضالَّةِ الغَنمِ إذا وجَدَها مُلتقِطُها في المَوضعِ المَخوفِ أنَّ له أكلَها.

قالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعُوا على أنَّ مُلتقِطَ ضالَّةِ الغنَمِ في المَوضعِ المَخوفِ عليها له أَكلُها[4].

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).
(2) الغدرُ: القِطعةُ من الماءِ يُغادِرُها السيلُ. «القاموس المحيط» (2/ 100).
(3) «المعونة» (2/ 225).
(4) «الإفصاح» (2/ 60).

وقالَ ابنُ رشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا ضالَّةُ الغَنمِ فإنَّ العُلماءَ اتَّفقوا علىٰ أنَّ لواجدِ ضالَّةِ الغَنمِ في المَكانِ القفرِ البَعيدِ مِن العُمرانِ أنْ يَأكلَها؛ لقَولِه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في الشَّاةِ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**»(1).

وقالَ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأَجمَعوا علىٰ أنَّ ضالَّةَ الغَنمِ في المَوضعِ المَخوفِ عليها له أكلُها(2).

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وكذلك الحُكمُ في كلِّ حَيوانٍ لا يَمتنعُ بنفسِه مِن صِغارِ السِّباعِ، وهي الثَّعلبُ وابنُ آوىٰ والذِّئبُ ووَلدُ الأَسدِ ونحوُها، فما لا يَمتنعُ مِنها كفُصلانِ الإبلِ وعُجولِ البَقرِ وأَفلاءِ الخَيلِ -أولادُها- والدَّجاجِ والإوزِّ ونحوِها يَجوزُ التِقاطُه(3).

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفوا، هل هذا الحُكمُ خاصٌّ بمَن يَجدُها في الفلاةِ والصَّحراءِ والمَواضعِ المُهلِكةِ؟ أم هو عامٌّ مُطلقًا سَواءٌ كانَ في المِصرِ والعُمرانِ أو في الصَّحراءِ؟

فذهَبَ الإمامُ مالِكٌ وأَبو عُبيدٍ وابنُ المُنذرِ إلىٰ أنَّ هذا الحُكمَ خاصٌّ بمَن وجَدَها في مَهلكةٍ، أمَّا مَن وجَدَها في المِصرِ أو إلىٰ جَنبِ قَريةٍ أو مَوضعٍ يُمكنُ ضَمُّها إليه لَم يَجزْ له أَخذُها؛ لأنَّه يَصلُ إلىٰ حِفظِها علىٰ صاحِبِها مِن غيرِ مَشقةٍ عليه، فلَم يَجزْ إتلافُها، ولها قِيمةٌ في المَوضعِ الذي

(1) «بداية المجتهد» (2/ 230، 231).
(2) «التمهيد» (3/ 108)، و«الاستذكار» (7/ 245).
(3) «المغني» (6/ 28).

وجَدَها به، ولأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» والذِّئبُ لا يَكونُ في المِصرِ.

وجاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى»: (قُلتُ): أرأيتَ مَن التَقطَ شاةً في فَيافي الأَرضِ أو فيما بينَ المَنازلِ؟ (قالَ): سَألتُ مالِكًا عن ضالَّةِ الغَنمِ يَجدُها الرَّجلُ (قالَ): قالَ مالِكٌ: أمَّا ما كانَ قُربَ القُرىٰ فلا يَأكلُها، وليَضمَّها إلىٰ أَقربِ القُرىٰ إليها يُعرِّفُها فيها. (قالَ): وأما ما كانَ في فَلواتِ الأَرضِ والمَهامِهِ فإنَّ تلك يَأكلُها ولا يُعرِّفُها، فإنْ جاءَ صاحِبُها فليسَ له عليه مِن ثَمنِها قَليلٌ ولا كَثيرٌ، وكذلك قالَ مالِكٌ، قالَ: ألا تَرىٰ أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ في الحَديثِ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**»؟[1]

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا فَرقَ بينَ أنْ يَجدَها بمِصرٍ أو بمَهلَكةٍ؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**خُذْها**»، ولَم يُفرقْ ولَم يَستفصِلْ، ولو افترَقَ الحالُ لسأَلَ أو استفصَلَ، ولأنَّها لُقطةٌ فاستوَىٰ فيها المِصرُ والصَّحراءُ كسائرِ اللُّقَطاتِ، **إلا أنَّ الحَنفيةَ قيَّدُوا ذلك** بما إذا خافَ عليها التَّلفَ أو الضَّياعَ مثلَ أنْ يَكونَ البَلدُ فيها الأَسدُ أو اللُّصوصُ، أمَّا إذا كانَت مَأمونةَ التَلفِ فلا يَأخذُها[2].

قالَ ابنُ قُدامةَ: وقَولُهم إنَّ الذِّئبَ لا يَكونُ إلا في الصَّحراءِ، قُلنا: كَونُها للذِّئبِ في الصَّحراءِ لا يَمنعُ كَونَها لغيرِه في المِصرِ.

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 175)، و«المعونة» (2/ 225).

(2) «الجوهرة النيرة» (4/ 193)، و«مغني المحتاج» (3/ 510)، و«المغني» (6/ 28).



إذا ثبَتَ هذا فإنَّه متىٰ عرَّفَها حَولًا كامِلًا ملكَها، وذكَرَ القاضِي وأبو الخَطابِ عن أحمدَ رِوايةً أُخرىٰ أنَّه لا يَملِكُها، ولعلَّها الرِّوايةُ التي مُنعَ مِن التِقاطِها فيها.

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**هي لك أو لأخيك**»، فأضافَها إليه بلَامِ التَّمليكِ، ولأنَّها يُباحُ التِقاطُها فمُلكَت بالتَّعريفِ كالأثمانِ، ولأنَّ ذلك إجماعٌ حَكاه ابنُ عبدِ البَرِّ[1].

ويَتخيرُ مُلتقطُها بينَ ثَلاثِ خِصالٍ:

ويَتخيرُ مُلتقِطُها بينَ ثَلاثِ خِصالٍ يَفعلُ الأحظَّ مِنها وليسَ تَشهِّيًا:

الخَصلةُ الأُولى: (أكلُها في الحالِ) وهذا باتِّفاقِ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةِ والمالِكيةِ والشافِعيةِ والحَنابلةِ وغيرِهم.

قالَ ابنُ عبدِ البَرِّ: أجمَعُوا علىٰ أنَّ ضالَّةَ الغَنمِ في المَوضعِ المَخوفِ عليها له أكلُها[2]. والأصلُ في ذلك قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**»، فجعَلَها له في الحالِ، وسوَّىٰ بينَه وبينَ الذِّئبِ، والذِّئبُ لا يَستأنِي بأكلِها، ولأنَّ في أكلِها في الحالِ إغناءً عن الإنفاقِ عليها وحِراسةً لماليَّتِها علىٰ صاحِبِها إذا جاءَ، فإنَّه يأخُذُ قِيمتَها بكَمالِها مِن غيرِ نقصٍ، وفي إبقائِها تَضييعٌ للمالِ بالإنفاقِ عليها والغَرامةِ في عَلفِها، فكانَ أكلُها أَولىٰ.

(1) «المغني» (6/ 28).
(2) «التمهيد» (3/ 108)، و«الاستذكار» (7/ 245).

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا هل يَغرمُها لصاحِبِها إذا أكَلَها أم لا؟ وهذا له حالَتانِ: بعدَ إجماعِهم على أنَّ مالِكَها لو جاءَ قبلَ أنْ يَأكلَها الواجِدُ أخَذَها منه[1].

الحالةُ الأُولى: أنْ يَجدَها في الصَّحراءِ أو مَهلَكةٍ:

فذهَبَ جَماهيرُ أَهلِ العِلمِ الحَنفيةُ وسحنُونٌ وابنُ عبدِ البرِّ مِن المالِكيةِ والشافِعيةِ والحَنابِلةِ وغيرِهم إلى أنَّه متى أرادَ أكلَها حفِظَ صِفتَها، فمتى جاءَ صاحِبُها غرِمَها له؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حَديثِ عبدِ اللهِ بنِ عمرو يا رَسولَ اللهِ فكيفَ تَرى في ضالَّةِ الغَنمِ؟ قالَ: «**طَعامٌ مَأكولٌ لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ احبِسْ على أَخيك ضالَّتَه**»[2]، ففيه دَليلٌ على أنَّ الشَّاةَ على مِلكِ صاحِبِها، ولأنَّها لُقطةٌ لها قِيمةٌ، وتَتبعُها النَّفسُ فتَجبُ غَرامتُها لصاحِبِها إذا جاءَ كغيرِها، ولأنَّها مِلكٌ لصاحِبِها فلَم يَجزْ تَملكُها عليه بغيرِ عِوضٍ مِن غيرِ رِضاه، كما لو كانَت بينَ البُنيانِ، ولأنَّها عينٌ يَجبُ ردُّها مع بَقائِها، فوجَبَ غُرمُها إذا أتلَفَها كلُقطةِ الذَّهبِ، وقَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**هي لك**» لا يَمنعُ وُجوبَ غَرامتِها، فإنَّه قد أذِنَ في لُقطةِ الذَّهبِ والوَرِقِ بعدَ تَعريفِها في أَكلِها وإنفاقِها وقالَ: «كسائِرِ مالِكَ» ثُم أجمَعْنا على وُجوبِ غَرامتِها، كذلك الشَّاةُ.

(1) «شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 551).
(2) رواه البيهقي (11848)، والدارقطني (4627)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (12/ 159).



وليسَ قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» علىٰ مَعنىٰ التَّمليكِ، كما أنَّه إذا قالَ: أو للذِّئبِ لَم يُرِدْ به التَّمليكَ؛ لأنَّ الذِّئبَ لا يَملِكُ، وإنَّما يَأكلُها علىٰ مِلكِ صاحِبِها، فيَنزلُ علىٰ أجرِ مُصيبِها، فكذلك الواجِدُ إنْ أكَلَها أكَلَها علىٰ مِلكِ صاحِبِها، فإنْ جاءَ ضمِنَها له.

وأجمَعَ العُلماءُ أنَّ صاحِبَها لو جاءَ قبلَ أنْ يَأكلَها الواجِدُ له أَخذُها مِنه، وكذلك لو ذبَحَها أخذَها مِنه مَذبوحةً، وكذلك لو أكَلَ بَعضَها أخَذَ ما وجَدَ مِنها، فدَلَّ علىٰ أنَّها علىٰ مِلكِ صاحِبِها في الفَلواتِ وغيرِها، ولا يَزولُ مِلكُه عنها إلا بإِجماعٍ، ولا فَرقَ بينَ قولِه في الشَّاةِ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» وبينَ قَولِه في اللُّقطةِ: «**فشَأنَك بها**»، بل هذا أَشبهُ بالتَّمليكِ؛ لأنَّه لَم يُشرِكْ معَه في لَفظِ التَّمليكِ ذِئبًا ولا غيرَه.

قالَ ابنُ عبدِ البرِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وقد أجمَعَ عُلماءُ المُسلِمينَ في اللُّقطةِ أنَّ واجِدَها يَغرَمُها إذا استهلَكَها بعدَ الحَولِ إنْ جاءَ صاحِبُها طالِبًا لها، فالشَّاةُ أَولىٰ بذلك قِياسًا ونَظرًا.

وقد شبَّه بعضُ المُتأخِّرينَ مِن أَصحابِنا الشَّاةَ المَوجودةَ بالفَلاةِ بالرِّكازِ، وهذه غَفلةٌ شَديدةٌ؛ لأنَّ الرِّكازَ لَم يَصحْ عليه مِلكٌ لأَحدٍ قبلَ واجِدِه، والشَّاةُ مِلكُ ربِّها لها صَحيحٌ مُجتَمعٌ عليه، فلا يَزولُ مِلكُه عنها إلا بإِجماعٍ مِثلِه أو سُنةٍ لا إِشكالَ فيها، وهذا مَعدومٌ في هذه المَسألةِ فوجَبَ الضَّمانُ فيها.

وقد قالَ سحنُونٌ [في المُستَخرَجة]: إنْ أكَلَ الشَّاةَ واجِدُها بالفَلاةِ أو تَصدَّقَ بها ثُم جاءَ صاحِبُها ضمِنَها له، وهذا هو الصَّحيحُ وباللهِ التَّوفيقِ(1).

وذهَبَ المالِكيةُ في المَشهورِ إلىٰ أنَّه إذا وجَدَها في الصَّحراءِ ولَم يَستطعْ نَقلَها إلىٰ العُمرانِ جازَ له أكلُها ولا غُرمَ عليه لصاحِبها ولا تَعريفَ؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» وفي رِوايةٍ: «**خُذْها؛ فإنَّما هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» وهذا تَنبيهٌ يَدلُّ علىٰ أنَّها في حُكمِ المُتلَفةِ، وذلك يَنفي تَعلقَّ الضَّمانِ بها، ولأنَّه لما جازَ له أَخذُها ولَم يُكلَّفْ سوقَها لَم يَجزْ أنْ يُشترطَ عليه الضَّمانُ، ولأنَّ الضَّمانَ إنَّما يَكونُ فيما له قِيمةٌ حالَ وُجودِه بعدَ التَّعريفِ؛ فلَم يَبقَ إلا سُقوطُ الضَّمانِ.

ولَم يُوجبْ فيها تَعريفًا ولا غُرمًا، ولأنَّه سوَّىٰ بينَه وبينَ الذِّئبِ، والذِّئبُ لا يُعرِّفُ ولا يَغرَمُ.

فإنْ تَيسرَ حَملُها وجَبَ عليه حَملُها وتَعريفُها، فإنْ حمَلَها حيَّةً وجَبَ عليه تَعريفُها، وعلىٰ ربِّها أُجرةُ حَملِها، وإنْ حمَلَها مَذبوحةً فربُّها أحقُّ بها إنْ علِمَ قبلَ أكلِها، وعليه أُجرةُ حَملِها(2).

(1) «الاستذكار» (7/ 253)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 550، 551)، و«فتح الباري» (5/ 83)، و«المغني» (6/ 28، 30)، و«منار السبيل» (2/ 303، 304).

(2) «الإشراف» (3/ 269، 270)، رقم (1112)، و«المعونة» (2/ 226)، و«التاج والإكليل» (5/ 40، 41)، و«تحبير المختصر» (5/ 41)، و«شرح الزرقاني» (4/ 66)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 530، 531).

قالَ ابنُ رشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا ضالَّةُ الغَنمِ فإنَّ العُلماءَ اتَّفقُوا علىٰ أنَّ لواجِدِ ضالَّةِ الغَنمِ في المَكانِ القَفرِ البَعيدِ مِن العُمرانِ أنْ يَأكلَها؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في الشَّاةِ: «**هي لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**»[1].

واختلَفُوا هل يَضمنُ قِيمتَها لصاحِبِها أم لا؟ فقالَ جُمهورُ العُلماءِ إنَّه يَضمنُ قِيمتَها، وقالَ مالِكٌ في أشهرِ الأَقاويلِ عنه إنَّه لا يَضمنُ.

وسَببُ الخِلافِ مُعارضةُ الظاهِرِ كما قُلنا للأَصلِ المَعلومِ مِن الشَّريعةِ، إلا أنَّ مالِكًا هنا غلَّبَ الظاهِرَ فجَرىٰ علىٰ حُكمِ الظاهِرِ، ولَم يَجزْ كذلك التَّصرُفُ فيما وجَبَ تَعريفُه بعدَ العامِ لقُوةِ اللَّفظِ ههنا.

وعنه رِوايةٌ أُخرىٰ أنَّه يَضمنُ، وكذلك كلُّ طَعامٍ لا يَبقىٰ إذا خُشيَ عليه التَّلفُ إنْ ترَكَه[2].

قالَ ابنُ بَطالٍ: والحُجةُ لمالِكٍ أنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أذِنَ في أكلِ الشَّاةِ، وأقامَ الذي وجَدَها مقامَ ربِّها، وقالَ: «**لك أو لأخيك أو للذِّئبِ**» فإذا أكَلَها بإذنِ النَّبيِّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَم يَجزْ أنْ يَغرمَ في حالٍ ثانٍ إلا بحُجةٍ مِن كِتابٍ أو سُنةٍ أو إجماعٍ، قالُوا: وهذا أَصلٌ في كلِّ ما يوجدُ مِن الطَّعامِ الذي لا يَبقىٰ ويُسرعُ إليه الفَسادُ، فلمَن وجَدَه أكلُه إذا لَم يُمكنه تَعريفُه ولا يَضمنُه؛ لأنَّه في مَعنىٰ الشَّاةِ، والشَّاةُ في حُكمِ المُباحِ الذي لا قِيمةَ له، ألا تَرىٰ أنَّ النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ وجَدَ تَمرةً فقالَ: «**لولا أنِّي أخشىٰ أنْ تكونَ مِن**

(1) «بداية المجتهد» (2/ 230، 231).

(2) «بداية المجتهد» (2/ 260، 231).

الصَّدقةِ لأكَلتُها»[1]. فإنَّما نبَّهَ أنَّه يَجوزُ أَكلُها مِن مِلكِ الغيرِ لو لَم تَكنْ مِن الصَّدقةِ؛ لأنَّها في مَعنىٰ التافِهِ، فكذلك الشَّاةُ في الفلاةِ لا قِيمةَ لها[2].

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَجدَها في البُنيانِ أو القَريةِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو وجَدَها في البُنيانِ أو القَريةِ هل يَجوزُ له أكلُها أم لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ في الأصحِّ وابنُ المُنذرِ إلىٰ أنَّه إذا وجَدَها في المِصرِ ليسَ له أَكلُها؛ لأنَّه يُمكنُ بيعُها بخِلافِ الصَّحراءِ، فإنَّه قد لا يَجدُ فيها مَن يَشتريَها بخِلافِ العُمرانِ، ويَشقُّ النَّقلُ إليه.

وذهَبَ الحَنابلةُ والشافِعيةُ في مُقابلِ الأَصحِّ إلىٰ أنَّه لا فرقَ في إباحةِ أَكلِها بينَ وجدانِها في الصَّحراءِ أو في المِصرِ؛ لأنَّه لمَّا جازَ أَكلُها في الصَّحراءِ أُبيحَ في المِصرِ كسائرِ المَأكولاتِ، ولأنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**هي لك**» ولَم يُفرقْ، ولأنَّ أكلَها معلَّلٌ بما ذكَرْنا مِن الاستِغناءِ عن الإنفاقِ عليها، وهذا في المِصرِ أشدُّ منه في الصَّحراءِ[3].

الخَصلةُ الثانيةُ: أنْ يُمسكَها على صاحِبِها ويُنفقَ عليها مِن مالِه ولا يَتملكُها إلا بعدَ مدةِ التَّعريفِ كغيرِه.

إلا أنَّه إنْ أَحبَّ أنْ يُنفقَ عليها مُحتسبًا بالنَّفقةِ علىٰ مالِكِها وأشهَدَ علىٰ

(1) أخرجه البخاري (2299)، ومسلم (1071).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 550، 551).

(3) «المغني» (6/ 29).



ذلك فهل له أنْ يَرجعَ بالنَّفقةِ؟ **على رِوايتينِ عندَ الحَنابِلةِ:**

قالَ ابنُ قُدامةَ: إحداهما: يَرجعُ به، نصَّ عليه في رِوايةِ المَروذيِّ في طَيرةٍ مَنٍّ أفرَخت عندَ قومٍ، فقضَىٰ أنَّ الفِراخَ لصاحِبِ الطَّيرةِ، ويَرجعُ بالعَلفِ إذا لَم يَكنْ مُتطوِّعًا، وقَضىٰ عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ فيمَن وجَدَ ضالةً فأنفَقَ عليها وجاءَ ربُّها بأنَّه يَغرُمُ له ما أنفَقَ، وذلك لأنَّه أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ لِحفظِها فكانَ مِن مالِ صاحِبِها كمُؤنةِ الرُّطبِ والعِنبِ.

والرِوايةُ الثانيةُ: لا يَرجعُ بشيءٍ، وهو قَولُ الشَّعبيِّ والشافِعيِّ، ولَم يُعجِبْ الشَّعبيَّ قَضاءُ عُمرَ بنِ عبدِ العَزيزِ؛ لأنَّه أنفَقَ علىٰ مالِ غيرِه بغيرِ إذنِه فلَم يَرجعْ، كما لو بَنىٰ دارَه، ويُفارِقُ العِنبَ والرُّطبَ، فإنَّه ربَّما كانَ تَجفيفُه والإنفاقُ عليه في ذلك أَحظَّ لصاحِبِه؛ لأنَّ النَّفقةَ لا تَتكررُ والحَيوانُ يَتكررُ الإنفاقُ عليه، فربَّما استَغرقَ قِيمتَه فكانَ بَيعُه أو أَكلُه أَحظَّ، فلذلك لَم يَحتسبُ المُنفِقُ عليها بما أَنفَقَ[1].

(1) «المغني» (6/ 29)، وقالَ ابنُ القيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «زاد المعاد»: الشاةُ إذا لم يَأتِ صاحبُها فهي ملكُ المُلتقطِ، واستَدلَّ بهذا بعضُ أَصحابِنا علىٰ أن الشاةَ ونحوَها مما يَجوزُ التِقاطُه يُخيرُ المُلتقطُ بينَ أكلِه في الحالِ وعليه قيمتُه وبينَ بيعِه وحفظِ ثمنِه وبينَ تركِه والإنفاقِ عليه من مالِه، وهل يَرجعُ به؟ علىٰ وَجهين؛ لأنه صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعلَها له، إلا أن يَظهرَ صاحبُها، وإذا كانَت له خُيِّر بينَ هذه الثلاثةِ، فإذا ظهَرَ صاحبُها دفعَها إليه أو قيمتَها، وأما مُتقدِّمو أَصحابِ أحمدَ فعلىٰ خلافِ هذا، قالَ أبو الحسينِ: لا يَتصرفُ فيها قبلَ الحولِ روايةً واحدةً، قالَ: وإن قُلنا يَأخذُ ما لا يَستقلُّ بنفسِه كالغنمِ فإنه لا يَتصرفُ بأكلٍ ولا غيرِه روايةً واحدةً، وكذلك قالَ ابنُ عَقيلٍ، ونصَّ أحمدُ في روايةِ أَبي =

....

=

طالبٍ في الشاةِ يُعرِّفُها سنةً فإن جاءَ صاحبُها ردَّها إليه، وكذلك قالَ الشَّريفانِ: لا يَملكُ الشاةَ قبلَ الحولِ روايةً واحدةً، وقالَ أبو بكرٍ: وضالَّةُ الغنمِ إذا أخذَها يُعرِّفُها سنةً وهو الواجبُ، فإذا مضَت السَّنةُ ولم يُعرَف صاحبُها كانَت له، والأولُ أفقهُ وأقربُ إلىٰ مَصلحةِ المُلتقطِ والمالكِ؛ إذ قد يَكونُ تَعريفُها سنةً مُستلزِمًا لتَغريمِ مالكِها أَضعافَ قِيمتِها إن قلنا: يَرجعُ عليه بنَفقتِها، وإن قُلنا: لا يَرجعُ، استَلزمَ تَغريمَ المُلتقطِ ذلك، وإن قيلَ: يَدعُها ولا يَلتقطُها كانَت للذِّئبِ وتلِفَت، والشارعُ لا يَأمرُ بضَياعِ المالِ، فإن قيلَ: فهذا الذي رجَّحتُموه مُخالفٌ لنُصوصِ أَحمدَ وأَقوالِ أَصحابِه وللدَّليلِ أيضًا، أما مُخالفةُ نُصوصِ أَحمدَ فمما تَقدَّمَ حِكايتُه في روايةِ أبي طالبٍ، ونصَّ أيضًا في رِوايتِه في مُضطرٍ وجَدَ شاةً مَذبوحةً وشاةً مَيتةً قالَ: يَأكلُ من المَيتةِ ولا يَأكلُ من المَذبوحةِ، المَيتةُ أُحلَّت والمَذبوحةُ لها صاحبٌ قد ذبَحَها يُريدُ أن يُعرِّفَها، ويَطلبُ صاحبَها، فإذا أوجبَ إبقاءَ المَذبوحةِ علىٰ حالِها فإبقاءُ الشاةِ الحيةِ بطريقِ الأَولىٰ، وأما مُخالفةُ كَلامِ الأَصحابِ فقد تَقدمَ، وأما مُخالفةُ الدَّليلِ ففي حَديثِ عبدِ اللهِ بنِ عَمرٍو: «يا رَسولَ اللهِ كيفَ تَرىٰ في ضالةِ الغنمِ؟ فقالَ: هي لكَ أو لأخِيك أو للذِّئبِ، احبسْ علىٰ أَخِيك ضالتَه» وفي لفظٍ: «ردَّ علىٰ أخِيك ضالتَه»، وهذا يَمنعُ البيعَ والذبحَ.

قيلَ: ليسَ في نصِّ أحمدَ أكثرُ من التَّعريفِ، ومن يَقولُ إنه مُخيرٌ بينَ أكلِها وبيعِها وحفظِها لا يَقولُ بسُقوطِ التَّعريفِ، بل يُعرِّفُها مع ذلك، وقد عرَّف شِيَتَها وعلامَتَها، فإن ظهَرَ صاحبُها أعطاه القِيمةَ، فقولُ أحمدَ «يُعرِّفُها» أعمُّ من تَعريفِها وهي باقيةٌ أو تَعريفِها وهي مَضمونةٌ في الذمةِ لمَصلحةِ صاحبِها ومُلتقطِها، ولا سيَّما إذا التَقطَها في السَّفرِ، فإنَّ في إيجابِ تَعريفِها سنةً من الحرجِ والمَشقةِ ما لا يَرضىٰ به الشارعُ، وفي تَركِها من تَعريضِها للإضاعةِ والهلاكِ ما يُنافِي أمرَه بأخذِها وإخبارِه أنه إن لم يَأخذْها كانَت للذِّئبِ فيَتعينُ، ولا بدَّ: إما بيعُها وحفظُ ثمنِها وإما أكلُها وضَمانُ قِيمتِها أو مثلِها.

وأما مُخالفةُ الأَصحابِ فالذي اختارَ التَّخييرَ من أكبرِ أَئمةِ الأَصحابِ ومن يُقاسُ

=

قالَ الشافِعيةُ: إنْ شاءَ عرَّفَه ويُنفقُ عليه مدةَ التَّعريفِ، ويَتملكُه بعدَ التَّعريفِ كغيرِه، فإنْ أرادَ الرُّجوعَ استَأذنَ الحاكِمُ، فإنْ لَم يَجدْه أشهَدَ[1].

وقالَ الحَنفيةُ: فإنْ أنفَقَ المُلتقِطَ عليها بغيرِ إِذنِ الحاكِمِ فهو مُتبَرعٌ؛ لقُصورِ وِلايتِه عن ذِمةِ المالِكِ، وإنْ أنفَقَ بأَمرِه كانَ ذلك دَينًا علىٰ صاحِبِها؛ لأنَّ للقاضيِّ وِلايةً في مالِ الغائِبِ نظرًا له، وقد يَكونُ النَّظرُ في الإنفاقِ[2].

الخَصلةُ الثالثةُ: أنْ يَبيعَها ويَحفظَ ثَمنَها ثُم يَتملكُ الثَّمنَ:

وله أنْ يَتولىٰ ذلك بنفسِه **عندَ الحَنابِلةِ والشافِعيةِ في مُقابلِ الأَصحِّ**، ولا يُشترطُ إِذنُ الإِمامِ؛ لأنَّه إذا جازَ له أَكلُها بغيرِ إِذنٍ فبَيعُها أَولىٰ.

= بشُيوخِ المَذهبِ الكِبارِ الأَجلاءِ وهو أبو مُحمدٍ المَقدسيُّ قدسَ اللهُ رُوحَه، ولقد أَحسنَ في اختيارِه التَّخييرَ كلَّ الإِحسانِ.

وأما مُخالَفةُ الدَّليلِ، فأينَ في الدليلِ الشرعيِّ المنعُ من التَّصرفِ في الشاةِ المُلتقَطةِ في المَفازةِ وفي السفرِ بالبيعِ والأكلِ وإِيجابِ تَعريفِها والإنفاقِ عليها سنةً معَ الرُّجوعِ بالإنفاقِ أو مع عدمِه؟ هذا ما لا تأتِي به شَريعةٌ فضلًا أن يَقومَ عليه دليلٌ، وقولُه ﷺ: «احبسْ علىٰ أخيك ضالتَه» صَريحٌ في أنَّ المرادَ به أن لا يَستأثرَ بها دونَه، ويَزيلَ حقَّه فإذا كانَ بيعُها وحفظُ ثمنِها خيرًا له من تَعريفِها سنةً والإنفاقِ عليها وتَغريمِ صاحبِها أَضعافَ قيمتِها كانَ حبسُها وردُّها عليه هو بالتَّخييرِ الذي يَكونُ له فيه الحظُّ، والحديثُ يَقتضِيه بفَحواه وقوتِه وهذا ظاهرٌ وباللهِ التَّوفيقُ. «زاد المعاد» (3/ 659، 661).

(1) «روضة الطالبين» (4/ 212)، و«مغني المحتاج» (3/ 510)، و«الديباج» (2/ 556).

(2) «الهداية» (2/ 176)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).



وقالَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ: إذا لَم يَجدْ حاكِمًا باعَه مُستقلًّا، وإنْ وجَدَه فلا بدَّ مِن إِذنِه.

وهل يُعرِّفُها في هذه المَواضعِ؟ **فعندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ كما اختارَه ابنُ قُدامةَ حيثُ قالَ**: ولَم يَذكرْ أصحابُنا لها تَعريفًا في هذه المَواضعِ، وهذا قَولُ مالكٍ؛ لحَديثِ زَيدِ بنِ خالِدٍ، فإنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**خُذْها فإنَّما هي لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ**». ولَم يَأمرْ بتَعريفِها كما أمَرَ في لُقطةِ الذَّهبِ والورِقِ.

ولنا: إنَّها لُقطةٌ لها خطرٌ فوجَبَ تَعريفُها كالمَطعومِ الكثِيرِ، وإنَّما ترَكَ ذِكرَ تَعريفِها لأنَّه ذكَرَها بعدَ بَيانِه التَّعريفَ فيما سِواها، فاستَغنَىٰ بذلك عن ذكرِه فيها، ولا يَلزمُ مِن جَوازِ التَّصرفِ فيها في الحَولِ سُقوطُ التَّعريفِ كالمَطعومِ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: إنْ باعَها حفِظَ ثمَنَها وعرَّفَها -أي اللُّقطةُ التي باعَها-، وكانَ تَعريفُها بمَكانٍ يَصلحُ للتَّعريفِ، ثُم تملَّكَ الثَّمنَ.

وقالُوا : والتَّخييرُ بينَ هذه الخِصالِ ليسَ تَشهِّيًا، بل عليه فِعلُ الأَحظِّ قِياسًا علىٰ ما يُمكنُ تَجفيفُه.

وهذا إذا أخَذَها مِن الصَّحراءِ، أمَّا إن أخذَها مِن العُمرانِ فله الخَصلتانِ الآخرَتانِ، وهما الإمساكُ أو البَيعُ لا الأَكلَ في الأَصحِّ كما تَقدمَ[2].

(1) «المغني» (6/ 30)، و«كشاف القناع» (4/ 262).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 212)، و«مغني المحتاج» (3/ 510)، و«الديباج» (2/ 556).





وقـالَ الحَنفيـةُ: يَجوزُ الالتِقاطُ في الشَّاةِ والبَقرِ والبَعيرِ، فإنْ أنفَقَ المُلتقِطُ عليها بغيرِ إذنِ الحاكِمِ فهو مُتبَرِّعٌ لقُصورِ وِلايتِه عن ذِمةِ المالِكِ، وإنْ أنفَقَ بأمرِه كانَ ذلك دَينًا علىٰ صاحِبِها؛ لأنَّ للقاضِي وِلايةً في مالِ الغائِبِ نظرًا له، وقد يَكونُ النَّظرُ في الإنفاقِ.

وإذا رفَعَ ذلك إلىٰ الحاكِمِ نظَرَ فيه، فإنْ كانَ للبَهيمةِ مَنفعةٌ آجرَها وأنفَقَ عليها من أُجرتِها؛ لأنَّ فيه إبقاءَ العَينِ علىٰ مِلكِه مِن غيرِ إلزامِ الدَّينِ عليه.

وإنْ لَم تَكنْ لها مَنفعةٌ وخافَ أنْ تَستغرِقَ النَّفقةُ قيمتَها باعَها وأمَرَ بحِفظِ ثَمنِها إبقاءً له معنًىٰ عندَ تَعذُّرِ إبقائِه صُورةً.

وإنْ كانَ الأَصلحُ الإنفاقُ عليها أذِنَ الحاكِمُ في ذلك وجعَلَ النَّفقةَ دَينًا علىٰ مالِكِها؛ لأنَّه نصَّبَ ناظِرًا، وفي هذا نَظرٌ مِن الجانِبينِ، قالُوا: إنَّما يَأمرُ بالإنفاقِ يَومينِ أو ثَلاثةَ أيامٍ علىٰ قدرِ ما يَرىٰ؛ رَجاءَ أنْ يَظهرَ مالِكُها، فإذا لَم يَظهرْ يَأمرُ ببَيعِها؛ لأنَّ استِدامةَ النَّفقةِ مُستأصِلةٌ فلا نَظرَ في الإنفاقِ مُدةً مَديدةً.

وإذا حضَرَ مالِكُها فللمُلتقِطِ أنْ يَمنعَها مِنه حتىٰ يُحضِرَ النَّفقةَ؛ لأنَّه أَحيا مِلكَه بنَفقتِه فصارَ كأنَّه استَفادَ المِلكَ مِن جِهتِه فأَشبهَ المَبيعَ؛ وأَقربُ مِن ذلك رادُّ الآبقِ، فإنَّ له الحَبسَ لاستِيفاءِ الجُعلِ لما ذكَرْنا، ثُم لا يَسقطُ دَينُ النَّفقةِ بهَلاكِه في يدِ المُلتقِطِ قبلَ الحَبسِ، ويَسقطُ إذا هلَكَ بعدَ الحَبسِ؛ لأنَّه يَصيرُ بالحَبسِ شَبيهَ الرَّهنِ[1].

(1) «الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

النوعُ الثاني: التِقاطُ الإِبلِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ التِقاطِ الإِبلِ، هل يَجوزُ التِقاطُها مُطلقًا للحِفظِ وللتَّملكِ كما هو قَولُ الحَنفيةِ؟ أم يَجوزُ التِقاطُها للحِفظِ لا للتَّملكِ كما هو قَولُ الشافِعيةِ والحَنابلةِ إذا كانَ الحافِظُ الإمامَ وكذا آحادُ النَّاسِ علىٰ الصَّحيحِ عندَ الشافِعيةِ؟ أم لا يَجوزُ التِقاطُها مُطلقًا لا للحِفظِ ولا للتَّملكِ كما هو مَذهبُ المالِكيةِ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُ البَعيرِ للتَّملكِ.

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ -في الجُملةِ على تَفصيلٍ سَيأتي عندَهم- إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُ الإِبلِ، وكذا كلُّ حَيوانٍ يَقوىٰ علىٰ الامتِناعِ للتَّملُّكِ؛ لخبَرِ الصَّحيحينِ عن زَيدِ بنِ خالِدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: جاءَ رَجلٌ إلىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسَألَه عن اللُّقطةِ فقالَ: «**اعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها ثُم عرِّفْها سَنةً، فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلا فشَأنَك بها**»، قالَ: فضالَّةُ الغَنمِ؟ قالَ: «**هي لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ**»، قالَ فضالَّةُ الإِبلِ؟ قالَ: «**ما لك ولها معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها تَردُ الماءَ وتَأكلُ الشَّجرَ حتىٰ يَلقاها ربُّها**»[1]. فنَهىٰ عن التَّعرضِ لها، وأمَرَ بتَركِ الأَخذِ، فدَلَّ علىٰ حُرمةِ الأَخذِ.

وحِكمةُ النَّهيِ عن التِقاطِ الإِبلِ أنَّ بَقاءَها حيثُ ضلَّت أَقربُ إلىٰ

---

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).





وجدانِ مالِكِها لها مِن تَطلُّبِه لها في رِحالِ النَّاسِ، وفي مَعنىٰ الإِبلِ كلُّ ما امتنَعَ بقُوتِه عن صِغارِ السِّباعِ[1].

وهذا تَفصيلُ كلِّ مَذهبٍ:

قالَ الحَنفيةُ: يَجوزُ التِقاطُ البَعيرِ كما يَجوزُ التِقاطُ الشَّاةِ؛ لما رَواه الإمامُ مالِكٌ عن يَحيىٰ بنِ سَعيدٍ عن سُليمانَ بنِ يَسارٍ أنَّ ثابتَ بنَ الضَّحاكِ الأَنصاريَّ أخبرَه «أنَّه وجَدَ بَعيرًا بالحَرَّةِ فعقَلَه، ثُم ذكَرَه لعُمرَ بنِ الخَطابِ فأمَرَه عُمرُ أن يُعرِّفَه ثَلاثَ مَراتٍ، فقالَ له ثابتٌ: إنَّه قد شغَلَني عن ضَيعَتي، فقالَ له عُمرُ: أَرسلْه حيثُ وجَدتَه»[2].

فهذا عُمرُ بنُ الخَطابِ قد حكَمَ في الضالَّةِ بحُكمِ اللُّقطةِ، وكذلك رُويَ عن عبدِ اللهِ بنِ عمرَ في ذلك أيضًا، وهو كما قد رَوىٰ الطَّحاويُّ عن همَّامٍ عن نافعٍ وابنِ سيرِينَ «أنَّ رَجلًا سألَ عبدَ اللهِ بنِ عمرَ فقالَ: إنِّي قد أَصَبتُ ناقةً. فقالَ: عرِّفْها. فقالَ: عرَّفتُها فلمْ تُعرَفْ. فقالَ: ادفَعْها إلىٰ الوَالي»[3].

ولأنَّها لُقطةٌ يُتوَهَّمُ ضَياعُها فيُستحبُّ أَخذُها وتَعريفُها صِيانةً لأَموالِ النَّاسِ كما في الشَّاةِ.

ولأنَّه إذا لَم يُخشَ عليها مِن السِّباعِ لَم يُؤمَنْ عليها مِن يدٍ خائِنةٍ، فنَدبُ

---

(1) «فتح الباري» (5/ 70).

(2) رواه مالك في «الموطأ» (1447).

(3) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (4/ 138).

أَخذِها صِيانةً لها، وما لها مِن القوَّةِ ربَّما يَكونُ سَببًا للضَّياعِ، كما هو سَببُ الصِّيانةِ عن السِّباعِ فتَعارَضا، فأُلحِقَت بالشَّاةِ.

ولأنَّ الأَخذَ حالَ خَوفِ الضَّيعةِ إحياءٌ لمالِ المُسلِمِ فيَكونُ مُستحبًّا، وحالَ عدمِ الخَوفِ ضَربُ إحرازٍ فيَكونُ مُباحًا كما ذكَرْنا.

وأمَّا الحَديثُ فلا حُجةَ فيه؛ لأنَّ المُرادَ مِنه أنْ يَكونَ صاحِبُه قَريبًا مِنه، ألا تَرىٰ أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**حتىٰ يَلقاها ربُّها**»، وإنَّما يُقالُ ذلك إذا كانَ قَريبًا أو كانَ رَجاءُ اللِّقاءِ ثابتًا.

والدَّليلُ عليه أنَّه لمَّا سأَلَه عن ضالَّةِ الغَنمِ قالَ: «خُذْها، فإنَّها لك أو لأَخيك أو للذِّئبِ» دَعاه إلىٰ الأَخذِ ونبَّهَ علىٰ المَعنىٰ وهو خَوفُ الضَّيعةِ، وإنَّه مَوجودٌ في الإبلِ، والنَّصُّ الوَارِدُ فيها أَولىٰ أنْ يَكونَ وارِدًا في الإبلِ وسائِرِ البَهائمِ دَلالةً، إلا أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فصَلَ بينَهما في الجَوابِ مِن حيثُ الصُّورةُ لهُجومِ الذِّئبِ علىٰ الغَنمِ إذا لَم يَلقَها رَبُّها عادةً بَعيدًا كانَ أو قَريبًا، وكذلك الإبلُ لأنَّها تَذبُّ عن نفسِها عادةً.

أو يُحملُ أنَّه كانَ في زَمنِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حينَ كانَ الخَوفُ مِن الافتِراسِ لا مِن أَخذِ النَّاسِ؛ أمَّا اليومُ كثُرَ الفَسادُ والخِيانةُ وقِلةُ الأَديانِ والأَمانةِ، فكانَ أَخذُه أَولىٰ، فإنْ أنفَقَ عليه فسيَأتِي حُكمُه في المَسألةِ القادِمةِ[1].

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

وقالَ المالِكيةُ في المُعتمَدِ عندَهم: لا يَجوزُ التِقاطُ الإبلِ مُطلقًا، سَواءٌ وجَدَها في مَوضعٍ آمنٍ أم لا، وسَواءٌ وجَدَها في العُمرانِ أو في الصَّحراءِ وسَواءٌ خافَ عليها هَلاكًا مِن جُوعٍ أو عَطشٍ أو سِباعٍ أم لا، هذا هو الصَّحيحُ المُعتمَدُ؛ لظاهِرِ نصِّ كلامِ النَّبيِّ ﷺ: «**ما لكَ ولها، معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها تَرِدُ الماءَ وتأكلُ الشَّجرَ حتى يَلقاها ربُّها**»[1].

وقِيلَ: إنْ خِيفَ عليها مِن خائنٍ أُخذَت وعُرِّفَت، أو بِيعَت ووُقفَ ثَمنُها لصاحِبِها، وهو قَولُ الخِرشيِّ والدَّرديرِ وغيرِهما.

وقِيلَ: إنْ خِيفَ عليها مِن السِّباعِ كانَت في حُكمِ الغَنمِ، لواجِدِها أَكلُها.

وقِيلَ: بل تُؤخذُ لتُعرَّفَ؛ إذ لا مَشقةَ في حَملِها، والمُعتمَدُ هو الأَولُ.

فإنْ تَجرأَ وخالَفَ الواجِبَ في التَّركِ وأخذَ الإبلَ إلى العُمرانِ تَعدِّيًا عُرِّفَت سَنةً، ثُم بعدَ تَعريفِها سَنةً تُركَت بمَحلِّها الذي أُخذَت مِنه، قالَ الصاويُّ: قد علِمتُ أنَّ هذا في زَمنِ العَدلِ والصَّلاحِ لا في مِثلِ زَمانِنا[2].

وقالَ الإمامُ أَبو الوَليدِ بنُ رُشدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في «المُقدِّمات» -بعدَ أنْ ذكَرَ عَدمَ التِقاطِ الإبلِ-: قيلَ إنَّ ذلك في جَميعِ الزَّمانِ، وهو ظاهِرُ قَولِ مالِكٍ في «المُدوَّنة» و«العتبية»، وقِيلَ هو خاصٌّ بزَمنِ العَدلِ وصَلاحِ النَّاسِ، وأمَّا

---

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).

(2) «حاشية الصاوي» (9/ 272)، **ويُنْظَر:** «التاج والإكليل» (5/ 41)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 127)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 531)، و«تحبير المختصر» (5/ 41).

في الزَّمانِ الذي قد فسَدَ فيه النَّاسُ فالحُكمُ فيه أنَّها تُؤخذُ وتُعرَّفُ، فإنْ لَم يُعرفْ ربُّها بيعَت ووُقفَ ثَمنُها، فإنْ أَيسَ مِنه تَصدقَ به كما فعَلَ عُثمانُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ لمَّا دخَلَ النَّاسُ في زَمنِه مِن الفَسادِ، وقد رُويَ عن مالِكٍ أيضًا[1].

وقالَ الدُّسوقيُّ: قالَ ابنُ عبدِ السَّلامِ: وصَميمُ مَذهبِ مالِكٍ عَدمُ التِقاطِها مُطلقًا، لكنْ لا يَخفىٰ أنَّ المَصلحةَ العامَّةَ تَقتضِي الآنَ ما صنَعَ عُثمانُ، كما لو قالَ في تَضمينِ الخُفراءِ، فلذا اختارَ شَيخُنا ما قالَه الشارِحُ[2].

ونصَّ الشافِعيةُ والحَنابلةُ علىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُه للتملُّكِ، ويَجوزُ التِقاطُه للحِفظِ للإمامِ وللآحادِ **على الصَّحيحِ عندَ الشافِعيةِ**.

قالَ الشافِعيةُ: الحَيوانُ المَملوكُ المُمتنعُ كالبَعيرِ الكَبيرِ إنْ وُجدَ بمَفازةٍ فللقاضِي التِقاطُه للحِفظِ علىٰ مالِكِه لا للتَّملكِ؛ لأنَّ له وِلايةً علىٰ أَموالِ الغائِبينَ، وكانَ لعُمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ حَظيرةٌ يَحفظُ فيها الضَّوالَّ، وكذا لغيرِ القاضِي مِن الآحادِ في الأَصحِّ المَنصوصِ في الأُمِّ لئلَّا يَأخذَه خائِنٌ.

ومُقابلُ الأَصحِّ: لا؛ إذ لا وِلايةَ للآحادِ علىٰ مالِ الغَيرِ.

ومَحلُّ الخِلافِ إذا لَم يَعرفْ مالِكَه، فإنْ عرَّفَه وأخَذَه ليَردَّه عليه كانَ في يدِه أَمانةً جزمًا حتىٰ يَصلَ إليه.

ويُحرمُ ولا يَجوزُ التِقاطُ الإبلِ، وكذا كلِّ حَيوانٍ مُمتنعٍ زمنَ الأمنِ مِن المَفازةِ للتَّملكِ؛ لنَهيه صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في ضالَّةِ الإبلِ حيثُ قالَ في حَديثِ زَيدٍ

(1) «المقدمات الممهدات» (2/ 418).

(2) «حاشية الدسوقي» (5/ 531).



ابنِ خالِدٍ: «**ما لك ولها، معَها سِقاؤُها وحِذاؤُها تَرِدُ الماءَ وتأكلُ الشَّجرَ حَتىٰ يَلقاها ربُّها**»[1]. فلو أخَذَه للتَّملكِ ضمِنَ قطعًا لتَعدِّيه، ولا يَبرأُ عن ضَمانِه برَدِّه إلىٰ مَوضِعِه ورفعِ يدِه عنه كما في المَسروقِ، إلا أنْ يَردَّ علىٰ الحاكِمِ فيَبرأُ علىٰ الصَّحيحِ.

وأمَّا في زَمانِ النَّهبِ والفَسادِ فيَجوزُ أخذُه والتِقاطُه للتَّملكِ قَطعًا في الصحَّراءِ وغيرِها.

وهذا إذا وجَدَ البَعيرَ نادًّا، أما لو وجَدَه وعليه أَمتعةٌ ولا يُمكنُ أَخذُ الأَمتعةِ إلا بأَخذِه، فالظاهرُ أنَّه في هذه الحالةِ يَأخذُه للتَّملكِ تِبعًا للأَمتعةِ، ولأنَّ وُجودَ الأَمتعةِ الثَّقيلةِ عليه يَمنعُه مِن وُرودِ الماءِ والشَّجرِ ومِن الفِرارِ مِن السِّباعِ.

وإن وُجدَ بقَريةٍ أو بَلدةٍ أو ما قرُبَ مِن ذلك فالأَصحُّ جوازُ التِقاطِه للتَّملكِ؛ لأنَّه في العُمرانِ يَضيعُ بامتِدادِ اليدِ الخائِنةِ إليه، بخِلافِ المَفازةِ فإنَّ طُروقَ النَّاسِ بها لا يعمُّ، ولأنَّها لا تَجدُ مَن يَكفيها، ولأنَّ سِياقَ الحَديثِ يَقتَضي المَفازةَ، بدَليلِ «دَعْها تَرِدُ الماءَ وتَرعىٰ الشَّجرَ».

الثاني: المَنعُ كالمَفازةِ؛ لإطلاقِ الحَديثِ.

وخرَجَ بالمَملوكةِ غيرُه ككَلبٍ يُقتَنىٰ فيَحلُّ التِقاطُه، وله الاختِصاصُ والانتِفاعُ به بعدَ تَعريفِه سَنةً.

---

(1) أخرجه البخاري (2297)، ومسلم (1722).

وهذا كلُّه في البَعيرِ الكَبيرِ، أمَّا البَعيرُ الصَّغيرُ الذي لا يَمتنعُ فيَجوزُ التِقاطُه للتَّملكِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: لا يَجوزُ التِقاطُ البَعيرِ ولا التَّعرضُ له ولا لمَا فيه قُوةٌ يَمنعُ عن نَفسِه؛ لقَولِ رَسولِ اللهِ ﷺ لمَّا سُئلَ عنها قالَ: «ما لك ولها، معَها حِذاؤُها وسِقاؤُها تَرِدُ الماءَ وتَأكلُ الشَّجرَ حتى يَجدَها ربُّها»، فمُنعَ مِن أَخذِ البَعيرِ لكَونه معَه حِذاؤُه فيَرعى، (وسِقاؤُه) وهو ما يُوعي في بَطنِه مِن الماءِ، وهو لكبَرِ جُثتِه لا يَقدرُ عليه الذِّئبُ ونحوُه، فيُؤمَنُ مِن تلفِه غالبًا.

وعن مُطرفِ بنِ عبدِ اللهِ بنِ الشِّخيرِ عن أَبيه قالَ: «قدِمَ على النَّبيِّ ﷺ رَهطٌ مِن بَني عامرٍ، فقالُوا: يا رَسولَ اللهِ إنَّا نَجدُ في الطَّريقِ هَوامِي مِن الإبلِ. فقالَ ﷺ: «**ضالَّةُ المُسلِمِ حَرَقُ النَّارِ**»[2].

لكنْ يَجوزُ للإمامِ أخذُه ليَحفظَه لربِّه لا على أنَّه لُقطةٌ؛ لأنَّ له نَظرًا في حِفظِ مالِ الغائِبِ، وفي أَخذِه لها لذلك مَصلحةٌ لربِّه لصِيانتِها، ولا يَلزمُ الإمامَ تَعريفُه؛ لأنَّ عُمرَ لَم يَكنْ يَعرفُ الضَّوالَّ.

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496).

(2) **حَديثٌ صَحيحٌ:** رواه أحمد (16357)، وابن ماجه (2507)، و«ابن حبان في «صحيحه» (4888).

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وللإمامِ أو نائِبِه أَخذُ الضالَّةِ علىٰ وَجهِ الحِفظِ لصاحِبِها؛ لأنَّ عُمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ حَمىٰ مَوضِعًا يُقالُ له النَّقيعُ لخَيلِ المُجاهِدينَ والضَّوالِّ.

ولأنَّ للإمامِ نَظرًا في حِفظِ مالِ الغائِبِ، وفي أَخذِ هذه حِفظٌ لها عن الهَلاكِ، ولا يَلزمُه تَعريفُها لأنَّ عُمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لَم يَكنْ يُعرِّفِ الضَّوالَّ، ولأنَّه إذا عرَّفَ ذلك فمَن كانَت له ضالةٌ فإنَّه يَجيءُ إلىٰ مَوضعِ الضَّوالِّ، فإذا عرَفَ ضالَّته أَقامَ البَينةَ عليها وأخَذَها، ولا يَكتَفي فيها بالصِّفةِ؛ لأنَّها ظاهِرةٌ بينَ النَّاسِ، فيَعرفُ صِفاتَها مَن رآها مِن غيرِ أَهلِها، فلا تَكونُ الصِّفةُ لها دَليلًا علىٰ مِلكِه لها، ولأنَّ الضالَّةَ قد كانَت ظاهِرةً بينَ الناسِ حينَ كانَت في يدِ مالِكِها، فلا يَختصُّ هو بمَعرفةِ صِفاتِها دونَ غيرِه، فلَم يَكنْ ذلك دَليلًا، ويُمكنُه إقامةُ البَينةِ عليها لظُهورِها للناسِ ومَعرفةِ خُلطائِه وجِيرانِه بمِلكِه إيَّاها.

وإنْ أخَذَها غيرُ الإمامِ أو نائبُه ليَحفظَها لصاحِبِها لَم يَجزْ له ذلك ولزِمَه ضَمانُها؛ لأنَّه لا وِلايةَ له علىٰ صاحِبِها، وهذا ظاهِرُ مَذهبِ الشافِعيِّ، ولأَصحابِه وَجهٌ أنَّ له أَخذَها لحِفظِها قِياسًا علىٰ الإمامِ، ولا يَصحُّ؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منعَ أَخذَها مِن غيرِ تَفريقٍ بينَ قاصِدِ الحِفظِ وقاصِدِ الالتِقاطِ، ولا يَصحُّ القِياسُ علىٰ الإمامِ لأنَّ له وِلايةً وهذا لا وِلايةَ له، وإنْ وجَدَها في مَوضعٍ يَخافُ عليها به مِثلُ أنْ يَجدَها بأَرضٍ مُسبعةٍ يَغلبُ علىٰ الظَّنِ أنَّ الأَسدَ يَفترسُها إنْ تُركَت به أو فَرسًا مِن دارِ الحَربِ يَخافُ عليها

مِن أَهلِها أو بمَوضعٍ يَستحلُّ أَهلُه أَموالَ المُسلمينَ كوادِي التَّيمِ أو في بَريةٍ لا ماءَ بها ولا مَرعىٰ فالأَولىٰ جَوازُ أَخذِها للحِفظِ ولا ضَمانَ علىٰ آخذِها؛ لأنَّ فيه إنقاذَها مِن الهَلاكِ، فأَشبهَ تَخليصَها مِن غَرقٍ أو حَريقٍ، فإذا حصَلَت في يدِه سلَّمَها إلىٰ نائبِ الإمامِ وبَرئَ مِن ضَمانِها، ولا يَملكُها بالتَّعريفِ لأنَّ الشَّرعَ لَم يرِدْ ذلك فيها.

فصلٌ: وما يَحصلُ عندَ الإمامِ مِن الضَّوالِّ فإنَّه يَشهدُ عليها ويَسِمُها بأنَّها ضالَّةٌ، ثُم إنْ كانَ له حِمىً تَرعَىٰ فيه تَركَها فيه إنْ رَأَىٰ ذلك، وإنْ رَأَىٰ المَصلحةَ في بَيعِها وحِفظِ ثَمنِها أو لَم يَكنْ له حِمىً باعَها بعدَ أنْ يُحليَّها ويَحفظَ صِفاتِها ويَحفظَ ثَمنَها لصاحِبِها، فإنَّ ذلك أَحفظُ لها؛ لأنَّ ترَكَها يُفضي إلىٰ أنْ تَأكُلَ جَميعَ ثَمنِها[1].

النوعُ الثالثُ: المُختلفُ فيه بأيِّهما يَلحقُ، هل بالإبلِ أم بالشِّياه؟

1- التِقاطُ البَقرِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ التِقاطِ البَقرِ، هل يَجوزُ التِقاطُها كالشَّاةِ كما هو قَولُ الحَنفيةِ؟ أم لا يَجوزُ التِقاطُها كالبَعيرِ كما هو مَذهبُ الشافِعيةِ والحَنبليةِ؟ أم يُفرِّقُ بينَ حالَةِ الخَوفِ عليها وعَدمِ الخَوفِ كما هو مَذهبُ المالِكيةِ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُ البَقرِ كما يَجوزُ التِقاطُ الشَّاةِ؛ لأنَّها لُقطةٌ يُتوهَّمُ ضَياعُها فيُستحَبُّ أَخذُها وتَعريفُها صِيانةً لأَموالِ النَّاسِ

(1) «المغني» (6/ 31، 33)، و«شرح الزركشي» (2/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 290)، و«الإفصاح» (2/ 63).



كما في الشَّاةِ، ولأنَّه إذا لَم يُخشَ عليها مِن السِّباعِ لَم يُؤمَنْ عليها مِن يدٍ خائِنةٍ، فنُدِبَ أَخذُها صِيانةً لها، وما لها مِن القُوةِ ربَّما يَكونُ سَببًا للضَّياعِ كما هو سَببُ الصِّيانةِ عن السِّباعِ فتَعارَضا، فأُلحِقَت بالشَّاةِ.

ولأنَّ الأَخذَ حالَ خَوفِ الضَّيعةِ إِحياءٌ لمالِ المُسلِمِ فيَكونَ مُستحَبًّا، وحالَ عدمِ الخَوفِ ضَربُ إحرازٍ فيَكونَ مُباحًا كما ذكَرْنا.

فإنْ أنفَقَ المُلتقِطُ عليها بغيرِ إذنِ الحاكِمِ فهو مُتبرِّعٌ؛ لقُصورِ وِلايتِه عن ذِمةِ المالِكِ، وإنْ أنفَقَ بأَمرِه كانَ ذلك دَينًا علىٰ صاحِبِها؛ لأنَّ للقاضِي وِلايةً في مالِ الغائِبِ نَظرًا له، وقد يَكونُ النَّظرُ في الإِنفاقِ.

وإذا رُفعَ ذلك إلىٰ الحاكِمِ نظَرَ فيه، فإنْ كانَ للبَهيمةِ مَنفعةٌ آجرَها وأنفَقَ عليها مِن أُجرتِها؛ لأنَّ فيه إبقاءَ العَينِ علىٰ مِلكِه مِن غيرِ إلزامِ الدَّينِ عليه.

وإنْ لَم تكنْ لها مَنفعةٌ وخافَ أنْ تَستغرِقَ النَّفقةُ قِيمتَها باعَها وأمَرَ بحِفظِ ثَمنِها؛ إبقاءً له معنًىٰ عندَ تَعذرِ إبقائِه صُورةً.

وإنْ كانَ الأَصلحُ الإنفاقَ عليها أَذِنَ الحاكِمُ في ذلك، وجعَلَ النَّفقةَ دَينًا علىٰ مالِكِها؛ لأنَّه نصبَ ناظِرًا، وفي هذا نَظرٌ مِن الجانِبينِ، قالُوا: إنَّما يَأمرُ بالإِنفاقِ يَومينِ أو ثَلاثةَ أَيامٍ علىٰ قَدرِ ما يَرىٰ؛ رَجاءَ أنْ يَظهرَ مالِكُها، فإذا لَم يَظهرْ يَأمرُ ببَيعِها؛ لأنَّ استِدامةَ النَّفقةِ مُستأصَلةٌ فلا نَظرَ في الإِنفاقِ مُدةً مَديدةً.

وإذا حضَرَ مالِكُها فللمُلتقِطِ أنْ يَمنَعَها مِنه حتىٰ يُحضرَ النَّفقةَ؛ لأنَّه أَحيا مِلكَه بنفَقتِه فصارَ كأنَّه استَفادَ المِلكَ مِن جِهتِه فأَشبهَ المَبيعَ؛ وأَقربُ مِن ذلك رادُّ الآبِقِ، فإنَّ له الحَبسَ لاستِيفاءِ الجُعلِ لما ذكَرْنا، ثُم لا يَسقطُ دَينُ النَّفقةِ بهلاكِه في يدِ المُلتقطِ قبلَ الحَبسِ، ويَسقطُ إذا هلَكَ بعدَ الحَبسِ؛ لأنَّه يَصيرُ بالحَبسِ شَبيهَ الرَّهنِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُ البَقرِ، وأنَّ حُكمَها كحُكمِ التِقاطِ الإبلِ؛ لما رُويَ عن مُنذرِ بنِ جَريرٍ قالَ: كُنت معَ أَبي جَريرٍ بالبَوازيجِ في السَّوادِ، فراجَعت البَقرُ فرَأىٰ بقَرةً أَنكرَها، فقالَ: ما هذه البَقرةُ؟ قالَ: بَقرةٌ لَحقَت بالبَقرِ، فأَمرَ بها فطُرِدَت حتىٰ توارَت، ثُم قالَ: سمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: «**لا يُؤوي الضالَّةَ إلا ضالٌّ**»[2].

فجَريرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ طرَدَ البَقرةَ ولَم يَأخذْها، ولأنَّها تَمتنعُ عن صِغارِ السِّباعِ وتُجزِئُ في الأُضحيةِ والهَدي عن سَبعةٍ فأَشبهَت الإبلَ.

ولأنَّ الأَصلَ عدمُ جوازِ الالتِقاطِ؛ لأنَّه مالُ غيرِه فكانَ الأَصلُ عدمَ جَوازِ أَخذِه كغيرِ الضالَّةِ، وإنَّما جازَ الأَخذُ لحِفظِ المالِ علىٰ صاحِبِه، وإذا كانَ مَحفوظًا لَم يَجزْ أَخذُه.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

(2) القصة ضعيفة، والمرفوع منه صحيح: رواه أبو داود (2720)، وابن ماجه (2503)، وأحمد في «المسند» (19230).

قالَ الشافِعيةُ: فلو أخذَها للتَّملكِ ضمِنَ قطعًا لتعدِّيه، ولا يَبرأُ عن ضَمانِها بردِّها إلىٰ مَوضِعِها ورَفعِ يدِه عنها كما في المَسروقِ، إلا أنْ يَرُدَّ علىٰ الحاكِمِ فيَبرأُ علىٰ الصَّحيحِ.

وأمَّا في زَمانِ النَّهبِ والفَسادِ فيَجوزُ أَخذُها والتِقاطُها للتَّملكِ قَطعًا في الصَّحراءِ وغيرِها.

وهذا إذا وجَدَ البَقرةَ في الصَّحراءِ، أمَّا إنْ وجَدَها بقَريةٍ أو بَلدةٍ أو ما قرُبَ مِن ذلك فالأَصحُّ جَوازُ التِقاطِها للتَّملُّكِ؛ لأنَّها في العُمرانِ تَضيعُ بامتِدادِ اليدِ الخائنةِ إليها بخِلافِ المَفازةِ، فإنَّ طُروقَ النَّاسِ بها لا يَعمُّ.

الثاني: المَنعُ كالمَفازةِ؛ لإطلاقِ الحَديثِ(1).

وقالَ الحَنابِلةُ: يَجوزُ للإمامِ أَخذُها ليَحفظَها لربِّها لا علىٰ أنَّها لُقطةٌ؛ لأنَّ له نَظرًا في حِفظِ مالِ الغائبِ، وفي أَخذِه لها لذلك مُصلحةٌ لربِّها لصِيانتِها، ولا يَلزمُ الإمامَ تَعريفُه؛ لأنَّ عُمرَ لَم يَكنْ يَعرفُ الضَّوالَّ(2).

وأمَّا المالِكيةُ ففرَّقوا بينَ أنْ يَجدَ البَقرةَ بمكانٍ يَخافُ عليها مِن السِّباعِ أو مِن الجُوعِ أو العَطشِ فحُكمُها حينَئذٍ حُكمُ الشَّاةِ في الفَيفاءِ، فله أنْ يَأكلَها

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496).

(2) «المغني» (6/ 31)، و«الكافي» (2/ 358)، و«شرح الزركشي» (2/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 290)، و«الإفصاح» (2/ 63)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 220).

حينَئذٍ ولا ضَمانَ عليه فيها كالشَّاةِ، وكذا إذا خِيفَ عليها مِن النَّاسِ في الفَيفاءِ وعسُرَ سوقُها إلىٰ العُمرانِ، فله أكلُها ولا ضَمانَ عليه، فإنْ تَيسرَ سوقُها للعُمرانِ لَم يَأكلْها وعرَّفَها، فإنْ أكَلَها ضمِنَ قِيمتَها لربِّها إذا علِمَ.

وإلا بأنْ كانَت البَقرةُ في مَحلٍّ آمنٍ بالفَيفاءِ أو غيرِه تُركَت ولا يَعرضُ لها، ويَتركُها مَكانَها إلىٰ أنْ يَأتيَها صاحِبُها كالإبلِ، فإنْ أخَذَها عُرِّفَت كما لو كانَت في العُمرانِ، فإنْ أكَلَها ضمِنَ.

قالَ ابنُ القاسِمِ: وضالَّةُ البُقرِ إنْ كانَت بمَوضعٍ يَخافُ عليها مِن السِّباعِ والذِّئابِ فهي كالغنَمِ، وإنْ كانَت لا تَخافُ عليها مِن السِّباعِ والذِّئابِ فهي كالإبلِ(1).

2- التِقاطُ الخَيلِ والبِغالِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ التِقاطِ الخَيلِ والبِغالِ، هل يَجوزُ التِقاطُها كالشَّاةِ أم لا يَجوزُ التِقاطُها كالبَعيرِ؟

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ حُكمَهما كالبَعيرِ والبَقرِ، فلا يَجوزُ التِقاطُها علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمِ عندَهم في المَسألةِ المُتقدِّمةِ(2).

---

(1) «التاج والإكليل» (5/ 41)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 127)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 531)، و«تحبير المختصر» (5/ 41)، و«حاشية الصاوي» (9/ 272)، و«الفواكه الدواني» (2/ 273).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496)، و«المغني» (6/ 31)، و«الكافي» (2/ 358)، و«شرح =



وذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُها كما يَجوزُ التِقاطُ الشَّاةِ؛ لأنَّها لُقطةٌ يُتوهَّمُ ضَياعُها، فيُستحبُ أَخذُها وتَعريفُها صِيانةً لأَموالِ النَّاسِ كما في الشَّاةِ.

ولأنَّه إذا لَم يَخشَ عليها مِن السِّباعِ لَم يُؤمَنْ عليها مِن يدٍ خائِنةٍ، فندبَ أَخذُها صِيانةً لها، ولأنَّ الأَخذَ حالَ خَوفِ الضَّيعةِ إحياءٌ لمالِ المُسلِمِ فيَكونَ مُستحَبًّا وحالَ عَدمِ الخَوفِ ضَربُ إِحرازٍ فيَكونَ مُباحًا كما ذكَرْنا.

فإنْ أنفَقَ المُلتقِطُ عليها فهو علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمِ عندَهم في الإبلِ والبَقرِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: الخَيلُ والبِغالُ إذا لَم يَخفْ عليها فهي بمَنزلةِ الإِبلِ، لا يَجوزُ التِقاطُها، وإنْ كانَ يَخافُ عليها أَخذَها[2].

3- التِقاطُ الحَميرِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ التِقاطِ الحمُرِ الأَهليةِ، هل يَجوزُ التِقاطُها أم لا يَجوزُ التِقاطُها؟

=

الزركشي» (2/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 290)، و«الإفصاح» (2/ 63)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 220).

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

(2) «الفواكه الدواني» (2/ 273)، و«الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 63).

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُها كالبَعيرِ والبِغالِ والخَيلِ علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمِ عندَهم؛ لأنَّ لها أَجسامًا عَظيمةً فأشبَهَت البِغالَ والخَيلَ، ولأنَّها مِن الدَّوابِّ فأشبَهَت البِغالَ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ وابنُ قُدامةَ مِن الحَنابِلةِ إلىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُها كالشَّاةِ، علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمِ عندَ الحَنفيةِ[2].

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والأَولىٰ إلحاقُها بالشَّاةِ؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علَّلَ الإبلَ بأنَّ معَها حِذاءَها وسِقاءَها، يُريدُ شِدةَ صَبْرِها عن الماءِ لكَثرةِ ما توعِي في بُطونِها مِنه، وقُوتِها علىٰ وُرودِه، وفي إباحةِ ضالَّةِ الغَنمِ بأنَّها مُعرضةٌ لأَخذِ الذِّئبِ إيَّاها بقَولِه: «**هي لكَ أو لأَخيكَ أو للذِّئبِ**» والحمُرُ مُساويةٌ للشَّاةِ في عِلَّتِها، فإنَّها لا تَمتنِعُ مِن الذِّئبِ، ومُفارقةٌ للإبلِ في عِلَّتِها، فإنَّها لا صبْرَ لها عن الماءِ، ولهذا يُضربُ المَثلُ بقِلةِ صبْرِها عنه فيُقالُ: ما بَقيَ مِن مُدتِها إلا ظَمأُ حِمارٍ.



(1) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496)، و«المغني» (6/ 31)، و«الكافي» (2/ 358)، و«شرح الزركشي» (2/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 290)، و«الإفصاح» (2/ 63)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 220).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

وإِلحاقُ الشَّيءِ بما ساوَاه في عِلةِ الحُكمِ وفارَقَه في الصُّورةِ أَولىٰ مِن إِلحاقِه بما قارَبَه في الصُّورةِ وفارَقَه في العِلَّةِ، فأمَّا غيرُ الحَيوانِ فما كانَ مِنه يَنحفظُ بنَفسِه كأَحجارِ الطَّواحينِ والكَبيرِ مِن الخَشبِ وقُدورِ النُّحاسِ فهو كالإِبلِ في تَحريمِ أَخذِه بل أَولىٰ مِنه؛ لأنَّ الإِبلَ تَتعرضُ في الجُملةِ للتَّلفِ إمَّا بالأَسدِ وإمَّا بالجُوعِ والعَطشِ وغيرِ ذلك، وهذه بخِلافِ ذلك، ولأنَّ هذه لا تَكادُ تَضيعُ عن صاحِبِها ولا تَبرحُ مِن مَكانِها بخِلافِ الحَيوانِ، فإذا حرُمَ أَخذُ الحَيوانِ فهذه أَولىٰ[1].

وقالَ المالِكيةُ: الحَميرُ إذا لَم يُخفْ عليها فهي بمَنزلةِ الإِبلِ، لا يَجوزُ التِقاطُها وإنْ كانَ يُخافُ عليها أَخذُها[2].

4- التِقاطُ الطَّيرِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ التِقاطِ الطَّيرِ، هل يَجوزُ التِقاطُه كالشَّاةِ أم لا يَجوزُ التِقاطُه كالإِبلِ لأنَّه يَمتنعُ بنَفسِه بطَيرانِه؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُ الطَّيرِ وسائِرِ الحَيواناتِ؛ لأنَّه مالٌ يُتوهَّمُ ضَياعُه فيُستحَبُّ أَخذُه ليُردَّ علىٰ صاحِبِه صِيانةً لأَموالِ النَّاسِ[3].

(1) «المغني» (6/ 32).

(2) «الفواكه الدواني» (2/ 273)، و«الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 63).

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا يَجوزُ التِقاطُ الطَّيرِ كما لا يَجوزُ التِقاطُ البَعيرِ، علىٰ التَّفصيلِ السابِقِ عندَهم في البَعيرِ بتَمامِه[1].

وقالَ المالِكيةُ: يَجوزُ التِقاطُ الطَّيرِ عندَ خَوفِ الخائِنِ[2].

وقالَ الوَزيرُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا هل يَجوزُ التِقاطُ الإبلِ والخَيلِ والبِغالِ والبَقرِ والحَميرِ والطَّيرِ؟

فقالَ الشافِعيُّ وأَحمدُ: لا يَجوزُ التِقاطُها، إلا أنَّ الشافِعيَّ فرَّقَ بينَ صِغارِها وكِبارِها فقالَ: يَجوزُ التِقاطُ صِغارِها. **قالَ الوَزيرُ** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والظاهِرُ أنَّ نُطقَ رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يَنصرفُ إلا إلىٰ كِبارِها وهي التي تَضلُّ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: يَجوزُ.

وقالَ مالِكٌ: أمَّا الإبلُ فلا يَجوزُ التَّعرضُ لها بحالٍ، وأمَّا البَقرَ فإنْ خافَ عليها السِّباعَ أخَذَها، وإنْ لَم يَخفْ عليها فهي بمَنزلةِ الإبلِ، وكذلك الخَيلُ والبِغالُ والحَميرُ، وأمَّا الطَّيرُ فلَم نرَ عنه شَيئًا فيه.

قالَ الوَزيرُ: فأمَّا الطَّيرُ فالذي أَرىٰ فيه أنَّ الحَمامَ مِنه وما يَألفُ أَوكارَه

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496)، و«المغني» (6/ 31)، و«الكافي» (2/ 358)، و«شرح الزركشي» (2/ 222)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 290)، و«الإفصاح» (2/ 63)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 220).

(2) «الفواكه الدواني» (2/ 273).



فإنَّه لا يُلتقَطُ، فأمَّا الضَّوارِي مِن الطَّيرِ التي إذا أَهملتَ التِقاطَها عادَت إلىٰ ما كانَت عليه مِن التَّوحشِ مِن (الأَسنِ) فكانَ إهمالُ التِقاطِها علىٰ نَحوِ الإتلافِ أو مُؤديًا إلىٰ نحوِ الإتلافِ، فكانَ التِقاطُها جائزًا بنيَّةِ الحِفظِ لها علىٰ أَربابِها[1].

5- سَائرُ الحَيواناتِ التي تَعدو بنَفسِها:

نصَّ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ كلِّ حَيوانٍ مَملوكٍ بأَثرٍ يَدلُ علىٰ ذلك يَمتنعُ مِن صِغارِ السِّباعَ لا يَجوزُ التِقاطُه.

قالَ الشافِعيةُ: كلُّ مُمتنعٍ مِن صِغارِ السِّباعِ كالنَّمرِ والفَهدِ والذِّئبِ وأَرنبٍ وظَبيٍ فيَحرُمُ التِقاطُه للتَّملكِ، ويَجوزُ للحِفظِ علىٰ التَّفصيلِ السابِقِ في ضالَّةِ الإبلِ[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: الضَّوالُّ التي تَمتنعُ مِن صِغارِ السِّباعِ كالإبلِ والبَقرِ والخَيلِ والبِغالِ والحُمرِ والظِّباءِ والفَهدِ ونحوِها كالنَّعامةِ والفِيلِ والزَّرافةِ والقِردِ والهِرِّ فلا يَجوزُ التِقاطُه كما لا يَجوزُ التِقاطُ الإبلِ، علىٰ التَّفصيلِ المُتقدِّمُ في الإبلِ عندَهم[3].

---

(1) «الإفصاح» (2/ 63، 64).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 211)، و«النجم الوهاج» (6/ 17، 19)، و«مغني المحتاج» (509)، و«الديباج» (2/ 554، 555)، و«تحفة المحتاج» (7/ 614، 618)، و«نهاية المحتاج» (5/ 494، 496).

(3) «شرح منتهى الإرادات» (4/ 290).

وأمَّا الحَنفيةُ فيُجوزُ عندَهم التِقاطُ سائِرِ الحَيواناتِ؛ لأنَّه مالٌ يُتوهَّمُ ضَياعُه فيُستحبُّ أَخذُه ليَردَّه علىٰ صاحِبِه صِيانةً لأَموالِ النَّاسِ[1].

النَّفقةُ على الحَيوانِ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ المُلتقطَ إذا أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ التي تَحتاجُ إلىٰ نَفقةٍ مُتبرعًا بالنَّفقةِ أنَّه لا رُجوعَ له علىٰ ربِّها.

إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما لو أنفَقَ عليها غيرَ مُتبَرعٍ، هل يَرجعُ بالنَّفقةِ؟ أم لا بدَّ مِن استِئذانِ الحاكِمِ أو الإِشهادِ؟

قالَ المالِكيةُ: المُلتقطُ إذا أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ نَفقةً مِن عندِه -أي كلَّ النَّفقةِ أو بعضُها، وذلك كما لو أكراها فنقَصَ الكِراءُ عن نَفقتِها وأكمَلَ المُلتقطُ نَفقتَها- ثُم جاءَ صاحِبُها فليسَ له أَخذُها مَجانًا، ولكنْ يُخيَّرُ بينَ أَمرَينِ:

الأوَّلُ: أنْ يَفتَكَّ اللُّقطةَ فيَدفعَ للمُلتقِطِ مثلَ نَفقتِه؛ لأنَّه قامَ عنه بوَاجبٍ، وسَواءٌ أنفَقَ عليها بإذنِ السُّلطانِ أو بغيرِ إِذنِه.

والثانِي: أنْ يَتركَ اللُّقطةَ لمَن التقَطَها في نَفقتِه التي أنفَقَها عليها، وذلك لأنَّ النَّفقةَ في ذاتِ اللُّقطةِ لا في ذِمةِ ربِّها.

فإنْ أَرادَ أَخذَها بعدَ ذلك ودفَعَ مِثلَ النَّفقةِ لَم يَكنْ له ذلك، قالَه

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 346، 347)، و«الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664).

أَشهبُ؛ لأنَّه ملَّكَها للمُلتقِطِ برِضاه، وكذا عكسُه -أي إذا دفَعَ له النَّفقةَ ثُم أَرادَ أنْ يُسلِّمَها له ويَأخذَ مِنه النَّفقةَ- فليسَ له ذلك.

فلو ظهَرَ علىٰ صاحِبِها دَينٌ فإنَّ المُلتقطَ يُقدَّمُ بنَفقتِه علىٰ الغُرماءِ -كالرَّهنِ- حتىٰ يَستوفِيَ نَفقتَه[1].

وقالَ ابنُ عبدِ البرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ مالِكٌ فيما ذكَرَ ابنُ القاسِمِ عنه: إنْ أنفَقَ المُلتقطُ علىٰ الدَّوابِّ والإبلِ وغيرِها فله أنْ يَرجعَ علىٰ صاحِبِها بالنَّفقةِ، وسَواءٌ أنفقَ عليها بأَمرِ السُّلطانِ أو بغَيرِ أَمرِه. قالَ: وله أنْ يحبسَ بالنَّفقةِ ما أنفَقَ عليه ويَكونُ أَحقَّ به كالرَّهنِ. قالَ: ويَرجعُ علىٰ صاحِبِ اللُّقَطةِ بكِراءِ حَملِها[2].

وجاءَ في «المُدونَة الكُبرى»: (قلتُ): فإنْ جاءَ ربُّها وقد أنفَقَ علىٰ هذه الدَّوابِّ، أيَكونُ عليه نَفقتُها؟ (قالَ) قالَ مالِكٌ: نَعم، علىٰ صاحِبِها ما أنفَقَ هذا عليها، ولا يَأخذُها حتىٰ يُعطيَه ما أنفَقَ عليها، وقالَ مالِكٌ في الإبلِ إذا اعترَفَها صاحِبُها وقد كانَ أسلَمَها وقد أَنفقَ عليها أنَّ له ما أنفَقَ عليها إنْ أَرادَ صاحِبُها أنْ يَأخذَها، وإنْ أَرادَ أنْ يُسلمَها فليسَ عليه شيءٌ. (قلتُ): وكذلك البَقرُ والغَنمُ إذا التقَطَها في فَلواتِ الأَرضِ أو في غيرِ فَلواتِ الأَرضِ

---

(1) «التاج والإكليل» (5/ 42)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 128)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 532)، و«تحبير المختصر» (5/ 42)، و«حاشية الصاوي» (9/ 274، 275).

(2) «التمهيد» (3/ 128)، و«تفسير القرطبي» (9/ 137).

فأنفَق عليها فاعترَفَها ربُّها، أيَكونُ له نفقتُها التي أنفَقَ عليها في قَولِ مالِكٍ؟ (قالَ): قالَ مالِكٌ في «المَتاعِ»: يَلتقطُه الرَّجلُ فيَحملُه إلىٰ مَوضعٍ مِن المَواضعِ ليُعرِّفَه فيُعرِّفُه ربُّه، قالَ مالِكٌ: أَراه لصاحِبِه، ويَدفعُ إلىٰ هذا الكِراءَ الذي حمَلَه له، فكذلك الغَنَمُ والبَقَرُ إذا التَقطَها رَجلٌ فأنفَقَ عليها ثُم أَتىٰ ربُّها، فإنَّه يَغرمُ ما أنفَقَ عليها المُلتقطُ، إلا أنْ يَشاءَ ربُّها أنْ يُسلمَها. (قلتُ) أرَأيتَ ما أنفَقَ هذا المُلتقِطُ علىٰ هذه الأَشياءِ التي التقَطَها بغيرَ أَمرِ السُّلطانِ، أيَكونُ ذلك علىٰ ربِّ هذه الأَشياءِ إنْ أَرادَ أَخذَها في قولِ مالِكٍ؟ (قالَ): نَعم، إذا أَرادَ صاحِبُها أَخذَها لَم يَكنْ له أنْ يَأخذَها حتىٰ يَغرمَ لهذا ما أنفَقَ عليها بأَمرِ السُّلطانِ أو بغيرِ أَمرِ السُّلطانِ(1).

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه إذا أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ فليسَ له حقُّ الرُّجوعِ إلا إذا استَأذنَ الحاكِمَ.

وقالَ الحَنفيةُ: إذا أنفَقَ المُلتقِطُ علىٰ اللُّقطةِ بغيرِ إذنِ الحاكِمِ فهو مُتبَرِّعٌ؛ لقُصورِ وِلايتِه عن ذِمةِ المالِكِ، وإنْ أنفَقَ بأَمرِه كانَ ذلك دَينًا علىٰ صاحِبِها؛ لأنَّ للقاضِي وِلايةً في مالِ الغائِبِ نظرًا له، وقد يَكونُ النَّظرُ في الإنفاقِ.

وإذا رفَعَ ذلك إلىٰ الحاكِمِ نظَرَ فيه، فإنْ كانَ للبَهيمةِ مَنفعةٌ آجَرها وأنفَقَ عليها مِن أُجرتِها؛ لأنَّ فيه إبقاءَ العَينِ علىٰ مِلكِه مِن غيرِ إلزامِ الدَّينِ عليه.

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 176).

وإنْ لَم تكنْ لها مَنفعةٌ وخافَ أنْ تَستغرقَ النَّفقةُ قِيمتَها باعَها وأمَرَ بحِفظِ ثَمنِها؛ إبقاءً له معنًى عندَ تَعذرِ إبقائِه صُورةً.

وإنْ كانَ الأَصلحُ الإنفاقَ عليها أَذنَ الحاكِمُ في ذلك وجعَلَ النَّفقةَ دَينًا علىٰ مالِكِها؛ لأنَّه نصَبَ ناظِرًا، وفي هذا نَظرٌ من الجانِبين، قالُوا: إنَّما يَأمرُ بالإنفاقِ يَومينِ أو ثَلاثةَ أيامٍ علىٰ قَدرِ ما يَرىٰ رَجاءَ أنْ يَظهرَ مالِكُها، فإذا لَم يَظهرْ يَأمرُ ببَيعِها؛ لأنَّ استِدامةَ النَّفقةِ مُستأصِلةٌ فلا نَظرَ في الإنفاقِ مدةً مَديدةً.

وإذا حضَرَ مالِكُها فللمُلتقِطِ أنْ يَمنعَها مِنه حتىٰ يُحضرَ النَّفقةَ؛ لأنَّه أَحيا مِلكَه بنفَقتِه فصارَ كأنَّه استَفادَ المِلكَ مِن جِهتِه فأَشبهَ المَبيعَ؛ وأَقربُ مِن ذلك رادُّ الآبقِ، فإنَّ له الحَبسَ لاستِيفاءِ الجُعلِ لمَا ذكَرْنا، ثُم لا يَسقطُ دَينُ النَّفقةِ بهَلاكِه في يدِ المُلتقطِ قبلَ الحَبسِ، ويَسقطُ إذا هلَكَ بعدَ الحَبسِ؛ لأنَّه يَصيرُ بالحَبسِ شَبيهَ الرَّهنِ[1].

قالَ الشافِعيةُ: إنْ أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ مُدةَ التَّعريفِ، فإنْ أرادَ الرُّجوعَ استَأذنَ الحاكِمَ فإنْ لَم يَجدْه أشهَدَ[2].

وقالَ ابنُ عبدِ البرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقالَ الشافِعيُّ فيما رَواه عنه الرَّبيعُ في البُويطيِّ: إذا أنفَقَ علىٰ الضَّوالِّ مَن أخَذَها فهو مُتطوعٌ، فإنْ أرادَ أنْ يَرجعَ

(1) «الهداية» (2/ 176)، و«العناية» (8/ 209، 210)، و«الاختيار» (3/ 39)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 193، 194)، و«اللباب» (1/ 664)، و«مجمع الضمانات» (1/ 446).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 212)، و«مغني المحتاج» (3/ 510)، و«الديباج» (2/ 556).

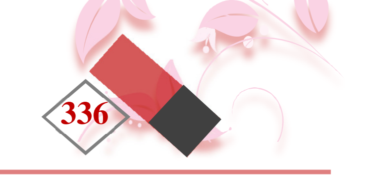
علىٰ صاحِبِها فليذهَبْ إلىٰ الحاكِمِ حتىٰ يَفرِضَ له النَّفقةَ ويوكِلَ غيرَه بأنْ يَقبِضَ تلك النَّفقةَ مِنه ويُنفقَ عليها، ولا يَكونُ للسُّلطانِ أنْ يَأذنَ له أنْ يَنفقَ عليها إلا اليَومَ واليَومينِ، فإنْ جاوزَ ذلك أَمرَ بَبيعِها. وقالَ المُزنِيُّ عنه: إذا أمَرَ الحاكِمُ بالنَّفقةِ كانَت دَينًا، وما ادَّعىٰ قُبلَ مِنه إذا كانَ مِثلَه قَصدًا، وقالَ المُزنِيُّ: لا يُقبلُ قَولُه وليسَ بالأَمينِ[1].

وعندَ الحَنابِلةِ: إنْ أحَبَّ أنْ يُنفقَ علىٰ اللُّقطةِ مُحتسِبًا بالنَّفقةِ علىٰ مالِكِها وأشهَدَ علىٰ ذلك فهل له أنْ يَرجعَ بالنَّفقةِ؟ علىٰ رِوايتينِ:

قالَ ابنُ قُدامةَ: إحداهما: يَرجعُ به، نصَّ عليه في رِوايةِ المَروذيِّ في طَيرةٍ مَنٍّ أفرَخَت عندَ قَومٍ، فقَضىٰ أنَّ الفِراخَ لصاحِبِ الطَّيرةِ ويَرجعُ بالعَلفِ إذا لَم يَكنْ مُتطوعًا، وقَضىٰ عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ فيمَن وجَدَ ضالَّةً فأنفَقَ عليها وجاءَ ربُّها بأنَّه يَغرمَ له ما أنفَقَ، وذلك لأنَّه أنفَقَ علىٰ اللُّقطةِ لحِفظِها فكانَ مِن مالِ صاحِبِها كمُؤنةِ الرُّطبِ والعِنبِ.

والرِّوايةُ الثانيةُ: لا يَرجعُ بشيءٍ، وهو قَولُ الشَّعبيِّ والشافِعيِّ، ولَم يُعجبِ الشَّعبيَّ قَضاءُ عُمرَ بنِ عبدِ العَزيزِ؛ لأنَّه أنفَقَ علىٰ مالِ غيرِه بغيرِ إذنِه فلَم يَرجعْ، كما لو بَنىٰ دارَه، ويُفارقُ العِنبَ والرُّطبَ، فإنَّه ربَّما كانَ تَجفيفُه والإنفاقُ عليه في ذلك أَحظَّ لصاحِبِه؛ لأنَّ النَّفقةَ لا تَتكرَّرُ

(1) «التمهيد» (3/ 128).



والحَيـوانُ يَتكـرَّرُ الإنفـاقُ عليـه، فربَّمـا اسـتَغرقَ قِيمتَـه فكـانَ بَيعُـه أو أَكلُه أَحظَّ، فلذلك لَم يَحتسِبْ المُنفِقُ عليها بما أنفَقَ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ رشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلَفُوا، هل يَرجعُ المُلتقِطُ بما أنفَقَ علىٰ اللَّقطةِ علىٰ صاحِبِها أم لا؟

فقالَ الجُمهورُ: مُلتقطُ اللُّقطةِ مُتطوعٌ بحِفظِها، فلا يَرجعُ بشيءٍ مِن ذلك علىٰ صاحِبِ اللُّقطةِ.

وقال الكُوفيونَ: لا يَرجعُ بما أنفَقَ إلا أنْ تَكونَ النَّفقةُ عن إذنِ الحاكِمِ، وهذه المَسألةُ هي مِن أَحكامِ الالتِقاطِ[2].



(1) «المغني» (6/ 29).
(2) «بداية المجتهد» (2/ 232).

القِسمُ الثانِي: الجَمادُ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه يَجوزُ التِقاطُ غيرِ الحَيوانِ، وهو الجَمادُ كالنُّقودِ والثِّيابِ والطَّعامِ وغيرِها، وحُكمُها كما مرَّ بالتَّفصيلِ أنَّه يَجبُ تَعريفُها حَولًا ثُم يَتملكُها بعدَ الحَولِ، وإنْ جاءَ صاحِبُها فيَدفعُها إليه عِندَ عامَّةِ الفُقهاءِ، وقد تَقدمَ بيَانُ كلِّ هذا مُفصَّلًا.

التِقاطُ ما يُسرعُ إليه الفَسادُ كالطَّعامِ:

نصَّ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ المُلتقطَ إذا التقَطَ ما يُسرعُ إليه الفَسادُ مِن الطَّعامِ وغيرِه أنَّه يُعرِّفُه في المَكانِ الذي وجَدَه فيه، فإنْ خشِيَ عليه الفَسادَ أكَلَه أو باعَه وحفِظَ ثَمنَه.

قالَ الحَنفيةُ: إنْ كانَت اللُّقطةُ شَيئًا لا يَبقىٰ كالأَطعمةِ المُعدَّةِ للأَكلِ كاللَّحمِ واللَّبنِ والفَواكهِ الرَّطبةِ ونحوِها عرَّفَه إلىٰ أنْ يَخافَ فَسادَه، ثُم يَتصدقُ به خَوفًا مِن الفَسادِ، وفيه نَظرٌ لصاحِبِها دُنيا وأُخرىٰ، ولَه أنْ يَنتفعَ بها لو فَقيرًا، فإنْ جاءَ صاحِبُها بعدَما تَصدقَ بها فهو بالخِيارِ، إنْ شاءَ أمضَىٰ الصَّدقةَ وله ثَوابُها، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُلتقِطَ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المِسكينَ إذا هلَكَ في يدِه، وإذا كان قائِمًا أخَذَه.

قالَ القاضِي أَبو جَعفرَ: إنْ تصدَّقَ بإذنِ القاضِي ليسَ له أنْ يُضمِّنَه. اهـ.

وأيُّهما ضمَّنَ المُلتقطَ أو المِسكينَ لا يَرجعُ واحِدٌ مِنهما علىٰ صاحِبِه بشيءٍ، ذكَرَه قاضِيخانُ وغيرُه(1).

(1) «مجمع الضمانات» (465، 466)، و«الهداية» (3/ 91/ 93)، و«الاختيار» (3/ 38)، =



أما المالِكيةُ فقد جاءَ في «المُدونة» (في لُقطةِ الطَّعامِ):

قلتُ: أرَأَيتَ إنْ التقَطتُ ما لا يَبقىٰ في أَيدي النَّاسِ مِن الطَّعامِ؟ قالَ: قالَ مالِكٌ: يَتصدقُ به أَعجبُ إليَّ. قلتُ: وإنْ كانَ شيئًا تافِهًا؟ قالَ: التافِهُ وغيرُ التافِهِ يَتصدقُ به أعجبُ إلىٰ مالِكٍ. قلتُ: فإنْ أكَلَه وأتىٰ صاحِبَه أو تَصدَّقَ به، أيَضمنُه؟ قالَ: لا يَضمنُه، مثلُ قَولِ مالِكٍ في الشَّاةِ يَجدُها في فَيافي الأَرضِ إلا أنْ يَجدَها مِن غيرِ فَيافي الأَرضِ. قلتُ: وهل كانَ مالِكٌ يُوقِّتُ في الطَّعامِ الذي كانَ يَخافُ عليه الفَسادَ وَقتًا في تَعريفِه؟ قالَ: لَم يَكنْ مالِكٌ يُوقِّتُ فيه وَقتًا[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه مُخيَّرٌ بينَ أَمرينِ إنْ كانَ يُسرِعُ فَسادُه ولا يُمكنُ تَجفيفُه، وإلا جفَّفَه.

قالَ الشافِعيةُ: إنِ التقَطَ ما يُسرِعُ فَسادُه كهَريسةٍ وعِنبٍ لا يَتزبَّبُ ورُطبٍ لا يَتتمَّرُ وكذا البُقولِ الرَّطبةِ والشِّواءِ تَخيرَ آخِذُه بينَ خَصلتينِ:

فإنْ شاءَ باعَه استِقلالًا إنْ لَم يَجدْ حاكِمًا وبإذنِه إنْ وجَدَه، وعرَّفَ المَبيعَ بعدَ بيعِه ليَتملكَ ثَمنَه بعدَ التَّعريفِ، ولا يُعرِّفُ الثَّمنَ.

وإنْ شاءَ تَملكَه في الحالِ وأكَلَه وغرِمَ قِيمتَه، سَواءٌ أوجَدَه في مَفازةٍ أم عُمرانٍ؛ لأنَّه مُعرضٌ للهَلاكِ فيَتخيرُ فيه كالشَّاةِ. والبَيعُ أَولىٰ بالاتِّفاقِ.

=

و«تبيين الحقائق» (3/ 304)، و«اللباب» (1/ 663).

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 175).

وقِيلَ إنْ وجَدَه في عُمرانٍ وجَبَ البَيعُ؛ لأنَّه مُتيسرٌ فيه فلا يَجوزُ الأَكلُ في هذه الحالَةِ بل يَتعينُ البَيعُ.

فإذا أكَلَه وجَبَ التَّعريفُ في العُمرانِ بعدَه، وإنْ كانَ في الصَّحراءِ فالظاهِرُ أنَّه لا يَجبُ.

وإنْ أمكَنَ بَقاءُ ما يُسرعُ فَسادُه بعِلاجٍ فيه كرَطبٍ يُمكنُ تَجفيفُه ولَبنٍ يَصيرُ أَقطًا فإنْ كانَت الغِبطةُ في بَيعِه بِيعَ جَميعُه بإذنِ الحاكِمِ إن وجَدَه وإلا استِقلالًا، أو كانَت الغِبطةُ في تَجفيفِه وتبرَّعَ به الواجِدُ له أو غيرُه جفَّفَه؛ لأنَّه مالُ غيرِه فرُوعيَ فيه المَصلحةُ كوَليِّ اليَتيمِ، وإلا بِيعَ بَعضُه بقَدرِ ما يُساوي التَّجفيفَ لتَجفيفِ الباقِي طَلَبًا للأَحظِّ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: ما يُخشىٰ فَسادُه بتَبقيَتِه كطَبيخٍ وبطيخٍ وفَاكهةٍ وخَضرواتٍ ونَحوِها فيَلزمُ المُلتقطَ فِعلُ الأَحظِّ:

مِن أكلِه وعليه قِيمتُه.

ومِن بَيعِه ولو بلا إذنِ حاكِمٍ وحِفظِ ثَمنِه؛ لأنَّ في كلٍّ مِنهما حِفظًا لماليَّتِه علىٰ ربِّه وكالحَيوانِ ولا يَجوزُ إبقاؤُه لأنَّه يَتلفُ، فإنْ ترَكَ المُلتقطُ ما يَخشىٰ فَسادَه بلا أكلٍ ولا بَيعٍ حتىٰ تلِفَ ضمِنَه؛ لأنَّه مُفرِّطٌ في حِفظِه فهو كالوَديعةِ.

فإنِ استَويا في نَظرِ المُلتقطِ خُيِّرَ بينَهما، فأيُّهما فعَلَ جازَ له.

(1) «النجم الوهاج» (6/ 24)، و«مغني المحتاج» (3/ 511، 512)، و«الديباج» (2/ 557).





وقَيدَه -أي ما ذُكرَ مِن البَيعِ والأَكلِ- جَماعةٌ بعدَ تَعريفِه بقدرِ ما يَخافُ معَه فَسادَه، ثُم هو بالخِيارِ بينَ أَكلِه وبَيعِه.

ومتىٰ أَرادَ بَيعَه أو أَكلَه، حفِظَ صِفاتَه ثُم عرَّفَه عامًا علىٰ ما نَذكُرُه.

فإنْ تلِفَ الثَّمنُ قبلَ تَملكِه مِن غيرِ تَفريطٍ أو نَقصٍ أو تلِفَت العَينُ أو نقَصَت مِن غيرِ تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليه، وإنْ تلِفَ أو نقَصَ بتَفريطٍ أو تلِفَت اللُّقطةُ بتَفريطِه فعليه ضَمانُه، وكذلك إنْ تلِفَ بعدَ تَملكِه أو نقَصَ.

وأمَّا إنْ كانَ يُمكنُ تَجفيفُه كالعِنبِ فيَفعلُ المُلتقطُ ما يَرىٰ الحَظَّ فيه لمالِكِه مِن الأَكلِ بقِيمتِه والبَيعِ معَ حِفظِ ثَمنِه والتَّجفيفِ؛ لأنَّه أَمانةٌ بيدِه وفِعلُ الأَحظِّ في الأَمانةِ مُتعيَّنٌ.

وغَرامةُ التَّجفيفِ إنِ احتِيجَ إليها منه فيَبيعُ المُلتقطُ بعضَه في تَجفيفِه؛ لأنَّه مِن مَصلحتِه، فإنْ أنفَقَ مِن مالِه رجعَ به في الأَصحِّ، قالَه في «المُبدِع»، وإنْ تعذَّرَ بَيعُه ولَم يُمكنْ تَجفيفُه تعيَّنَ أَكلُه[1].

حُكمُ مَن ترَك دابّةً بمهلكةٍ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ مَن ترَكَ دابَّةً بمَهلكةٍ فأخَذَها إنسانٌ فأطعَمَها وسَقاها وخلَّصَها، هل يَملكُها بذلك أم لا؟

فذهَبَ الحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ مَن ترَكَ دابَّةً بمَهلكةٍ أو فَلاةٍ لانقِطاعِها بعَجزِها

(1) «الشرح الكبير» (6/ 340، 341)، و«المبدع» (5/ 280)، و«الإنصاف» (6/ 409، 411)، و«كشاف القناع» (4/ 262، 263)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 295)، و«منار السبيل» (2/ 304).

عن مَشيٍ أو عجزَ مالِكُها عن علفِها بأنْ لَم يَجِدْ ما يُعلفُها فترَكَها فأخَذَها إنسانٌ فأطعَمَها وسَقاها وخلَّصَها ملكَها؛ لما رَواه أبو داودَ وغيرُه عن الشَّعبيِّ أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**مَن وجَدَ دابَّةً قد عجزَ عنها أهلُها أنْ يَعلِفُوها فسَيَّبُوها، فأخَذَها فأحيَاها، فهي له**». قالَ عُبيدُ اللهِ -رَاوي الحَديثِ عن الشِّعبيِّ-: فقُلتُ: عمَّن؟ قالَ: عن غيرِ واحِدٍ مِن أصحابِ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وفي رِوايةٍ: «**مَن ترَكَ دابَّةً بمَهلَكٍ، فأَحياها رَجلٌ فهي لمَن أَحياها**»[1].

ولأنَّ في الحُكمِ بمِلكِها إحياءَها وإنقاذَها مِن الهَلاكِ، وحِفظًا للمالِ عن الضَّياعِ، ومُحافظةً علىٰ حُرمةِ الحَيوانِ، وفي القَولِ بأنَّها لا تُملكُ تَضييعٌ لذلك كلِّه مِن غيرِ مَصلحةٍ تَحصُلُ، ولأنَّها تُرِكَت رَغبةً عنها وعَجزًا عن أَخذِها فملَكَها آخِذُها كالسَّاقِطِ مِن السُّنبلِ وسائِرِ ما يَنبذُه النَّاسُ رَغبةً عنه[2].

وقالَ المالِكيةُ: مَن ترَكَ دابَّةً بفَلاةٍ أو بمَضيعةٍ فأخَذَها إنسانٌ فإنَّه يَردُّها علىٰ صاحِبِها فإنْ أنفقَ عليها شيئًا أخَذَه منه، وهل له أَجرُه؟ في رِوايةِ

---

(1) حَديثٌ حَسَنٌ: رواه أبو داود (3524، 3525)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (11893، 11894).

(2) «المغني» (6/ 33)، و«الكافي» (2/ 362)، و«الفروع» (4/ 426)، و«المبدع» (5/ 276)، و«كشاف القناع» (4/ 256)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 289)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 218)، و«منار السبيل» (2/ 297).



ابنِ القاسِمِ عن مالِكٍ: ليسَ له عليه أَجرٌ وله النَّفقةُ. وفي رِوايةِ ابنِ وَهبٍ عن مالِكٍ: يَأخُذُها، يَدفعُ إليه أَجرَه وما أنفَقَ عليها[1].

ورَوىٰ وَهبٌ عن مالِكٍ فيمَن ترَكَ دابَّةً وقد قامَت عليه بمَضيعةٍ لا يَأكُلُ ولا يَشرَبُ: فمَن أخَذَها فأَحياها فإنَّه يَأخذُها ويُدفعُ إليه أَجرُه وما أنفَقَ عليها.

وذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّ مَن ترَكَ دابةً وسيَّبَها في فَلاةٍ أو في مَضيعةٍ أو ترَكَها صاحِبُها لعدَمِ قُدرتِه علىٰ علفِها فمرَّ بها إنسانٌ فأخَذَها وأَحياها وأنفَقَ عليها حتىٰ عادَت إلىٰ حالِها فهي علىٰ مِلكِ صاحِبِها، ولا رُجوعَ للمُنفِقِ علىٰ صاحِبِها بما أنفَقَ عليها؛ لأنَّ الفُقهاءَ لَم يَختلِفوا أنَّه لو أَيِسَ مِن حَياةِ عَبدِه فخَلَّاه ثُم وجَدَه في يدِ غيرِه فهو أَحقُّ به، كذلك غيرُه[2].

قالَ الإمامُ مُحمدُ بنُ الحَسنِ الشَّيبانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وذكَرَ عن الشَّعبيِّ أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**مَن ترَكَ دابَّةً بمَهلكةٍ فهي لمَن أَحياها**»، وبظاهِرِ هذا الحَديثِ أخَذَ بَعضُ العُلماءِ فقالُوا: إذا ترَكَ الغازيُّ دابَّتَه في هَزيمةٍ فأخَذَها مُسلِمٌ آخرُ وأخرَجَها فهو أَحقُّ بها؛ لأنَّ الأوَّلَ ترَكَها مُعرِضًا عنها، وإنَّما كانَ مالِكًا لها لكَونِه مُحرِزًا لها بيدِه، فإذا زالَ ذلك التَحقَت بالصَّيودِ فهي لمَن أخَذَها وأَحياها، ولَسنا نأخُذُ به، فإنَّ هذا تَسييبُ أَهلِ

---

(1) «الإنجاد في أبواب الجهاد» ص(357)، و«مختصر اختلاف العلماء» (3/ 445).

(2) «مختصر اختلاف العلماء» (3/ 445)، و«حاشية ابن عابدين» (2/ 573)، و«الحاوي الكبير» (8/ 27)، و«النجم الوهاج» (6/ 22)، و«الفتاوىٰ الفقهية الكبرىٰ» (3/ 373، 374).

الجاهِليةِ، وقد نَفاه الشَّرعُ، قالَ اللهُ تَعالىٰ: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ﴾ الآيةُ [المَائِدَة: 103]، وليسَ التَّسييبُ في الدَّوابِّ نَظيرَ الإعتاقِ في العَبيدِ، فبالإعتاقِ تَحدثُ فيه صِفةُ المالِكيةِ فتَنتفي المَملوكيةُ، وبالتَّسييبِ لا تُحذفُ صِفةُ المالِكيةِ في الدَّوابِّ، وإذا بقِيَت مَملوكةً كانَت لصاحِبِها، وحُرمةُ المِلكِ باعتِبارِ حُرمةِ المالِكِ، فلا يَملكُها أَحدٌ بالأَخذِ.

وذُكرَ عن الشَّعبيِّ أنَّه قالَ: يَأخذُها صاحِبُها ولا نَفقةَ له علىٰ الذي أَحياها إنْ كانَ أنفَقَ مِن مالِه، وبهذا تبيَّنَ أنَّ الحَديثَ الأَولَ وَهمٌ، فالشَّعبيُّ هو الذي رَواه، وما كانَ يُفتي بخِلافِ ما يَروي عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثُم مِثلُ هذا الحَديثِ الشاذِّ لا يَكونُ مَعمولًا به؛ إذ كانَ مخالِفًا للأُصولِ، فكانَ الرُّجوعُ إلىٰ المَقامِ المُتفقِ علىٰ قُبولِه -وهو قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطِيبةِ نَفسٍ مِنه**»- أَولىٰ، وكذلك قَولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**مَن وجَدَ عينَ مالِه فهو أَحقُّ به**» دَليلٌ علىٰ صِحةِ ما قُلنا، وكانَ عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ: يَأخذُها صاحِبُها ويَردُّ علىٰ المُنفقِ ما أنفَقَ عليه مِن مالِه، وقالَ الشَّعبيُّ: ليسَ عليه شيءٌ مِن النَّفقةِ إنْ كانَ أنفَقَ بغيرِ ما أنفَقَ عليه مِن مالِه، وقالَ الشَّعبيُّ: ليسَ عليه شيءٌ مِن النَّفقةِ إنْ كانَ أنفَقَ بغيرِ إذنِه. وبقَولِ الشَّعبيِّ نأخُذُ؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بالإنفاقِ علىٰ مِلكِ الغَيرِ بغَيرِ إذنِه، وهو يُريدُ أنْ يُلزِمَه دَينًا في ذِمتِه لنَفسِه، وليسَ لأَحدٍ هذه الوِلايةُ علىٰ غَيرِه، فأمَّا عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ فكانَ يَقولُ: دَلالةُ الإِذنِ في الإِنفاقِ مِن صاحِبِها مَعلومٌ بطَريقِ الظاهِرِ؛ لأنَّه لو تَمكنَ مِن إخراجِها أنفَقَ عليها مِن مالِ نفسِه، فإذا عجَزَ عن ذلك كانَ مُستعينًا بكلِّ



مَن يَقوىٰ علىٰ ذلك راضيًا بأنْ يُنفقَ عليها مِن مالِه، ودَلالةُ الإذنِ كصَريحِ الإذنِ، ولكنَّا نَقولُ: هذه الاستِعانةُ والرِّضا يُحتمَلُ أنْ يَكونَ مِنه علىٰ وَجهِ التَّبرعِ، ويُحتملُ أنْ يَكونَ علىٰ وَجهِ الرُّجوعِ عليه بما يُنفقُ، والمُحتملُ لا يَصلحُ حُجةً لإيجابِ الدَّينِ له في ذِمتِه، وهو نَظيرُ المُودَعِ يُنفقُ علىٰ الوَديعةِ في حالِ غَيبةِ صاحِبِها بغيرِ أَمرِ القاضِي، فإنَّه لا يَرجعُ علىٰ صاحِبِها بما أنفَقَ لهذا المَعنىٰ، كذا هذا، واللهُ المُوفِّقُ[1].

وقالَ ابنُ عابدِينَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: في لُقطةِ «التاترَخانيَّة»: مَن ترَكَ دابَّةً لا قِيمةَ لها مِن الهُزالِ ولَم يُبحْها وَقتَ التَّركِ، فأخَذَها رَجلٌ وأصلَحَها، فالقِياسُ أنْ تَكونَ للآخِذِ كقُشورِ الرُّمانِ المَطروحةِ، وفي الاستِحسانِ تَكونُ لصاحِبِها.

قالَ مُحمدٌ: لأنَّا لو جَوَّزنا ذلك في الحَيوانِ لجَوَّزنا في الجارِيةِ تُرمىٰ في الأَرضِ مَريضةً لا قِيمةَ لها، فيَأخذُها رَجلٌ ويُنفقُ عليها فيَطؤُها مِن غيرِ شِراءٍ ولا هِبةٍ ولا إرثٍ ولا صَدقةٍ، أو يَعتقُها مِن غيرِ أنْ يَملكَها، وهذا أَمرٌ قَبيحٌ. اهـ مُلخصًا.

ومُقتضاه أنَّ غيرَ الحَيوانِ كالقُشورِ يَكونُ طَرحُه إباحةً بدُونِ تَصريحٍ، وأنَّه يَملكُه الآخِذُ، بخِلافِ الحَيوانِ فلا يَملكُه إلا بالتَّصريحِ بالإباحةِ[2].

وقالَ الإمامُ الماوِرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ترَكَ الرَّجلُ الدابَّةَ أو البَعيرَ حَسرًا في الصَّحراءِ لعَجزِه عن السَّيرِ وعَجزِ المالِكِ عن حَملِه أو المُقامِ عليه فمرَّ به

---

(1) «شرح كتاب السير الكبير» (1/ 212، 213).

(2) «حاشية ابن عابدين» (2/ 573).

رَجلٌ فأَحياه بمُقامِه عليه ومُراعاتِه حتىٰ عادَ إلىٰ حالِه في السَّيرِ والعَملِ فقد اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِه.

فحُكيَ عن اللَّيثِ بنِ سَعدٍ والحَسنِ بنِ صالحٍ أنَّه يَكونُ لآخِذِه ومُحيِيه دونَ تارِكِه، إلا أنْ يَكونَ تارِكه ترَكَه ليَعودَ إليه فيَكونُ التارِكُ أَحقَّ به.

وقالَ أَحمدُ بنُ حَنبلٍ وإِسحاقُ بنُ راهَويهِ: إنَّ آخِذَه المُحيِي له أَحقُّ مِن تارِكِه بكلِّ حالٍ، سَواءٌ ترَكَه ليَعودَ إليه أم لا.

وقالَ مالِكٌ: هو علىٰ مِلكِ تارِكِه دُونَ آخِذِه، لكنْ لآخِذِه الرُّجوعُ بما أنفَقَ.

ومَذهبُ الشافِعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه علىٰ مِلكِ تارِكِه، وليسَ لواجِدِه الرُّجوعُ بنَفقتِه؛ لقَولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطِيبِ نَفسٍ مِنه**»، ولأنَّه لو عالَجَ عَبدًا قد أشرَفَ علىٰ الهَلاكِ بالمَرضِ حتىٰ ولو استَنقذَ مالًا مِن غَرقٍ أو حَريقٍ لَم يَملِكْه، فكذا البَهيمةُ.

وحُكيَ عن الحَسنِ البَصريِّ أنَّ مَن أخرَجَ مَتاعًا قد غَرِقَ مِن البَحرِ فقد ملَكَه علىٰ صاحِبِه، وهذا شاذٌّ مِن القَولِ مَدفوعٌ بالخَبرِ والإِجماعِ، ولكنْ لو وجَدَ في البَحرِ قِطعةَ عَنبَرٍ في المَوضعِ الذي يَجوزُ أنْ يُوجدَ فيه كانَت مِلكًا لواجِدِها في البَرِّ كانَت لُقطةً؛ لعِلمِنا بحُصولِ اليدِ عليها قبلَه، إلا أنْ يَكونَ علىٰ الساحِلِ نَضبَ الماءُ عنها، فتَكونُ مِلكًا لواجِدِها؛ لجَوازِ أنْ يَكونَ الماءُ قد أَلقاها حينَ نضِبَ، وهكذا لو صادَ سَمكةً مِن البَحرِ فوجَدَ في جَوفِها قِطعةَ عَنبَرٍ كانَت للصَّيادِ إذا كانَ بَحرًا قد يَجوزُ أنْ يُوجدَ فيه العَنبَرُ،



فأمَّا الأَنهارُ وما لا يَكونُ مِن البِحارِ فإنَّها تَكونُ لُقطةً، وهكذا الياقُوتُ والمُرجانُ، إلا أنْ يَكونَ مَصنوعًا أو مَثقوبًا فيَكونُ لُقطةً، فأمَّا اللُّؤلُؤُ فلا يَكونُ في البَحرِ إلا معَ صدَفِه، فإنْ وجِدَ فيه كانَ مِلكًا لواجِدِه، وإنْ وجِدَ خارِجًا عن صدَفِه كانَ لُقطةً[1].

حُكمُ الاتجارِ باللُّقطةِ:

الأَصلُ في اللُّقطةِ كما تقدَّمَ أنَّها أَمانةٌ في يدِ المُلتقِطِ، لا يَجوزُ له أنْ يَتصرفَ فيها في أَثناءِ الحَولِ **باتِّفاقِ الفُقهاءِ** كالوَديعةِ؛ لأنَّه إذا تصرَّفَ فيها عرَّضَها للخَطرِ والضَّياعِ، فلا يَجوزُ لمَن وجَدَ لُقطةً مِن الأَموالِ أنْ يُتاجرَ فيها أَثناءَ حَولِ التَّعريفِ ولا قبلَ إِدخالِها في مِلكِه بعدَ التَّعريفِ.

وقد جاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى»: «التِّجارَةُ في اللُّقطةِ والعارِيةِ»

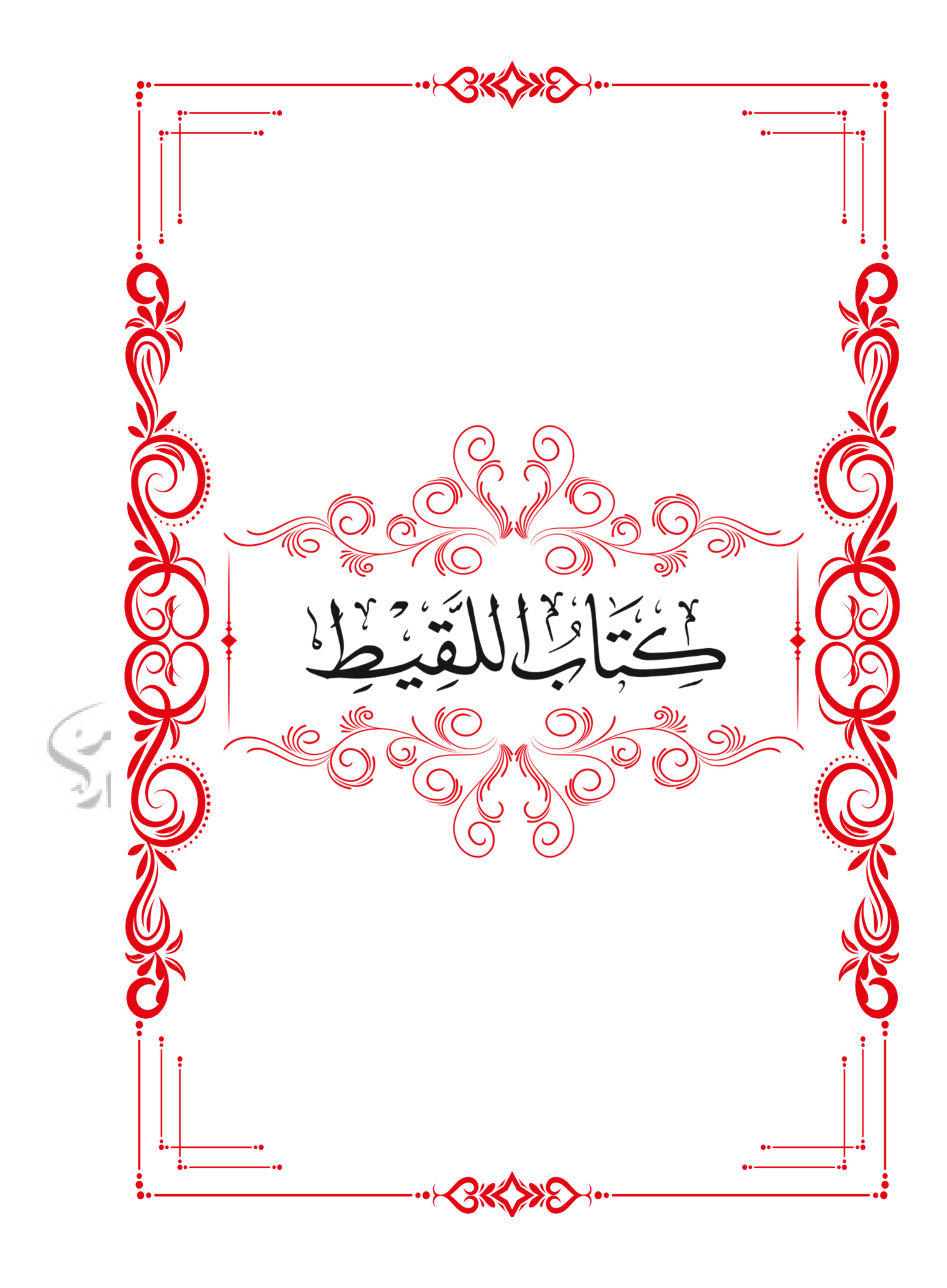
(قلتُ): أرأَيتَ رَجلًا حُرًّا وجَدَ لُقطةً أو مُكاتِبًا أو عَبدًا تاجِرًا أيَتَّجِرُ بها في السَّنةِ التي يُعرِّفُها في قَولِ مالِكٍ؟ (قالَ): قالَ مالِكٌ في الوَديعةِ: لا يتَّجِرُ فيها، فأَرىٰ اللُّقطةَ بمَنزلةِ الوَديعةِ في السَّنةِ التي يُعرِّفُها فيها، أنَّه لا يتَّجِرُ بها ولا بعدَ السَّنةِ أيضًا؛ لأنَّ مالِكًا قالَ: إذا مضَت السَّنةُ لَم آمُرْه بأَكلِها[2].

وعليه إذا اتَّجرَ في اللُّقطةِ خِلالَ حَولِ التَّعريفِ فإنَّها تَدخُلُ في ضَمانِه، فإذا حصَلَ أيُّ خُسرانٍ لها أو تَلفٍ ولو بلا تَعدٍّ مِنه ضمِنَها؛ لأنَّه باستِعمالِها فقد حصَلَ التَّعدي فيَضمَنُها.

---

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 27)، **ويُنْظَر**: «النجم الوهاج» (6/ 22)، و«الفتاوىٰ الفقهية الكبرىٰ» (3/ 374).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 175).



كِتَابُ اللَّقِيطِ





كِتَابُ اللَّقِيطِ



تَعريفُ اللَّقيطِ:

اللَّقيطُ لُغةً: اللَّقيطُ الطِّفلُ الذي يُوجدُ مَرميًّا علىٰ الطُّرقِ لا يُعرفُ أَبوه ولا أمُّه.

وهو فَعيلٌ مِن اللَّقْطِ، وهو اللِّقاءُ بمَعنىٰ المَفعولِ وهو المَلقوطُ.

ومَعناه العُثورُ علىٰ الشَّيءِ مُصادفةً مِن غيرِ طَلبٍ ولا قَصدٍ، قالَ الراجِزُ يَصفُ ماءً آجِنًا:

ومَنهلٍ وردْتُه التِقاطًا ... أَخضرَ مِثلَ الزَّيتِ لمَّا شاطا

أي: وردْتُه مِن غيرِ طِلبٍ ولا قَصدٍ، شاطَ الزَّيتُ إذا نضَجَ حتىٰ احترَقَ، وكذلك اللَّقيطُ يُوجدُ مِن غيرِ طَلبٍ.

ويُقالُ للصبيِّ الضائعِ: لَقيطٌ ومَلقوطٌ ومَنبوذٌ ودَعِيٌّ، وهذه الأَسماءُ مَأخوذةٌ مِن طَرفَيْ حالِه، فالمَنبوذُ: مِن نَبْذِه وطَرحِه، واللَّقيطُ والدَّعيُّ:

مِن لَقْطِهِ وادِّعائِه، ولَمْ يُسمُّوه نَبيذًا؛ لئلا يَلتبِسَ بالمَشروبِ سَفهًا، وتَسميتُه لَقيطًا حَقيقةٌ شَرعيةٌ[1].

اللَّقيطُ شَرعًا:

قالَ الحَنفيةُ: اللَّقيطُ اسمٌ لحيٍّ مَولودٍ طرَحَه أَهلُه خَوفًا من العَيلةِ أو فِرارًا مِن تُهمةِ الزِّنا[2].

وقالَ المالِكيةُ: اللَّقيطُ: صَغيرٌ آدميٌّ لَمْ يُعلمْ أَبوه ولا رِقُّه، فأما وَلدُ الزَّانيةِ المَعلومةِ ومَن عُلمَ رِقُّه وكذا مَن ضلَّ عن أَهلِه فلُقطةٌ وليسَ بلَقيطٍ، يَجري عليه أَحكامُ اللُّقطةِ.

وقيلَ: اللَّقيطُ ما التُقطَ صَغيرًا في الشَّدائدِ والجَلاءِ وشِبهِ ذلك، والمَنبوذُ ما دامَ مَطروحًا ولا يُسمىٰ لَقيطًا إلا بعدَ أَخذِه.

وقيلَ: المَنبوذُ ما وُجدَ بفَورِ وِلادتِه واللَّقيطُ بخِلافِه.

والمُرادُ بالطِّفلِ الصَّغيرِ: الذي لا يَقدرُ علىٰ القِيامِ بمَصالحِ نَفسِه مِن نَفقةٍ وغِطاءٍ ونَحوِهما[3].

(1) «النهاية في غريب الحديث والأثر» (4/ 264)، و«لسان العرب» (7/ 392) المبسوط (10/ 209)، و«بدائع الصنائع» (6/ 197)، و«الاختيار» (3/ 34)، و«النجم الوهاج» (6/ 49).

(2) «المبسوط» (10/ 209)، و«مختصر الوقاية» (2/ 249)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 179)، و«اللباب» (1/ 657).

(3) «شرح مختصر خليل» (7/ 130)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (9/ 276).

وقالَ الشافِعيةُ: اللَّقيطُ شَرعًا: طِفلٌ يُنبذُ بنَحوِ شارعٍ لا يُعرفُ له مُدَّعٍ.

ونَبذُه في الغالِبِ إما لكَونِه مِن فاحِشةٍ خَوفًا مِن العارِ أو للعَجزِ عن مُؤنتِه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: اللَّقيطُ طِفلٌ لا يُعرفُ نَسبُه ولا رِقُّه، نُبذَ في شارعٍ أو بابِ مَسجدٍ ونَحوِه، أو ضلَّ الطَّريقَ ما بينَ وِلادتِه إلى سنِّ التَّمييزِ، **وقيلَ**: المُميِّزُ لَقيطٌ إلى البُلوغِ[2].

حُكمُ الالتِقاطِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ على أنَّ مُضيِّعَ الطِّفلِ آثمٌ وأنَّ مُحرزَه غانِمٌ؛ لمَا في إِحرازِه مِن إِحياءِ النَّفسِ فإنَّه على شَرفِ الهَلاكِ، وإِحياءُ الحَيِّ بدَفعِ سَببِ الهَلاكِ عنه، قالَ تعالَى: ﴿وَمَنۡ أَحۡيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحۡيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعٗا﴾ [المَائدة: 32].

واتَّفقُوا على أنَّ التِقاطَه إما أنْ يَكونَ فَرضًا على الكِفايةِ وإما أنْ يَكونَ فَرضَ عَينٍ.

فإذا علِمَ أنَّه يَهلكُ إنْ لَمْ يَأخذْه بأنْ كانَ في مَفازةٍ أو بِئرٍ أو مَسبعةٍ ففَرضُ عَينٍ عليه أنْ يَأخذَه دَفعًا للهَلاكِ عنه.

(1) «تحفة المحتاج» (7/ 647)، و«مغني المحتاج» (3/ 523)، و«الديباج» (2/ 566).
(2) «الإنصاف» (6/ 422)، و«كشاف القناع» (4/ 275)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 311).



وأما إنْ كانَ بمِصرٍ أو قَريةٍ وخشِيَ عليه وكانوا جَماعةً ففَرضُ كِفايةٍ؛ لقَولِ اللهِ تعالَىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 2]، وقولِه: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٧٧﴾ [الحج: 77]، وقولِه تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: 32]، فإنَّه بإحيائِها يَسقطُ فَرضُ الكِفايةِ عن الناسِ جَميعًا، فإحياؤُهم بالعِصمةِ مِن عَذابِ اللهِ لهم.

وقالَ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**الراحِمونَ يَرحمُهم الرَّحمنُ، ارحَمُوا أهلَ الأرضِ يَرحَمكم مَن في السَّماءِ**»[1]، وقالَ: «**مَن لا يَرحمُ لا يُرحمُ**»[2]، وقالَ: «**لَا تُنزعُ الرَّحمةُ إلا مِن شَقيٍّ**»[3].

ولأنَّ فيه إحياءَ نَفسِه فكانَ واجِبًا، كإطعامِه إذا اضطَرَّ وإنجائِه مِن الغَرقِ، ووُجوبُه علىٰ الكِفايةِ إذا قامَ به واحدٌ سقَطَ عن الباقينَ؛ لأنَّ بالواحِدِ يَحصلُ الغَرضُ مِن ذلك، فإنْ ترَكَه الجَماعةُ أَثِموا كلُّهم إذا عَلِموا فترَكُوه معَ إمكانِ أَخذِه.

ورَوىٰ مالكٌ عَن ابنِ شِهابٍ عن سُنينٍ أبِي جَميلةَ -رَجلٌ مِن بَني سُلَيمٍ- أنَّه وجَدَ مَنبوذًا في زَمنِ عُمرَ بنِ الخَطابِ، قالَ: فجِئتُ إلىٰ عُمرَ بْنِ الخَطابِ فقالَ: ما حمَلَكَ علىٰ أَخذِ هذه النَّسمةِ؟ فقالَ: وجَدْتُها ضائِعةً

---

(1) حَديثٌ صَحيحٌ: رواه أبو داود (4941)، والترمذي (1924)، وأحمد (6494).

(2) أخرجه البخاري (5651)، و«مسلم» (2318).

(3) حَديثٌ حَسَنٌ: رواه أبو داود (4942)، والترمذي (1923)، وابن حبان في «صحيحه» (466).

فأَخَذْتُها، فقالَ له عَريفُه: يا أَميرَ الْمُؤمِنينَ، إنَّه رَجلٌ صالِحٌ، فقالَ عُمرُ: كذلك؟ قالَ: نَعم، فقالَ عُمرُ بنُ الخَطابِ: اذهَبْ فهو حُرٌّ، ولك وَلاؤُه، وعلينا نَفقَتُه[1].

فإنْ غلَبَ علىٰ ظَنِّه عدمُ الهَلاكِ بأنْ كانَ في مِصرٍ أو قَريةٍ فأَخذُه مَندوبٌ؛ لمَا فيه مِن السَّعيِ في إِحياءِ نَفسٍ مُحترمةٍ، قالَ الله تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ: ﴿وَمَنۡ أَحۡيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحۡيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعٗا﴾ [المَائدة: 32]، وعن عَليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنَّه قالَ للمُلتقِطِ: لأنْ أكونَ وَليتُ منه مثلَ ما وَليتَ أنت كانَ أَحبَّ إليَّ مِن كذا وكذا[2].

وقالَ المالِكيةُ: ومَن أخَذَه بنِيةِ أنَّه يُربِّيه لَم يَحلَّ له ردُّه، وأما إنْ أخَذَه بنِيةِ أنْ يَدفعَه إلىٰ السُّلطانِ فلا شَيءَ عليه في ردِّه إلىٰ مَوضعِ أَخذِه إنْ كانْ مَوضعًا لا يُخافُ عليه فيه الهَلاكُ لكَثرةِ الناسِ[3].

(1) رواه مالك في «الموطأ» (2/ 738)، رقم (1417).

(2) «المبسوط» (10/ 209)، و«مختصر الوقاية» (2/ 249)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 179)، و«اللباب» (1/ 657)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 130)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (9/ 276)، و«النجم الوهاج» (6/ 49)، و«تحفة المحتاج» (7/ 647)، و«مغني المحتاج» (3/ 523)، و«الديباج» (2/ 566)، و«المغني» (6/ 35)، و«الكافي» (2/ 363)، و«كشاف القناع» (4/ 275)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 311).

(3) «القوانين الفقهية» ص(225).



الأَحقُّ برعايةِ وإِمساكِ اللَّقيطِ:

نصَّ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ المُلتقِطَ أَحقُّ بإمساكِ اللَّقيطِ مِن غيرِه، وليسَ لأَحدٍ ولو كانَ الإمامَ الأَعظمَ أنْ يَنتزعَه منه إلا بسَببٍ يُوجبُ ذلك؛ لأنَّ يدَه سبَقَت إليه فهو أحقُّ به باعتِبارِ يدِه، ولقَولِ النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن سبَقَ إلىٰ ما لمْ يَسبقْ إليه مُسلِمٌ فهو أَحقُّ به»، ولأنَّ اللَّقيطَ في حَديثِ أَبي جَميلةَ -رَجل مِن بَني سُلَيمٍ- أنَّه وجَدَ مَنبوذًا في زَمنِ عُمرَ بنِ الخَطابِ، قالَ: فجِئْت إلىٰ عُمرَ بْنِ الخَطابِ فقالَ: ما حمَلَكَ علىٰ أَخذِ هذه النَّسمةِ؟ فقالَ: وجَدْتُها ضائِعةً فأخَذْتُها، فقالَ له عَريفُه: يا أميرَ الْمُؤمِنينَ، إنَّه رَجلٌ صالِحٌ، فقالَ عُمرُ: كذلك؟ قالَ: نعم، فقالَ عُمرُ بنُ الخَطابِ: اذهَبْ فهو حُرٌّ، ولك وَلاؤُه، وعلينا نَفقَتُه[1]، وهذا إذا لمْ تُوجدْ يدٌ هي أَولىٰ مِن يدِه أو يُوجدْ سَببٌ شَرعيٌّ.

وعليه إذا انتزَعَه إنسانٌ منه فاختصَمَ الأَولُ والثاني إلىٰ القاضِي فإنَّ القاضِي يَدفعُه إلىٰ الأَولِ[2].

---

(1) رواه مالك في «الموطأ» (2/ 738)، رقم (1417).

(2) «المبسوط» (10/ 209)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 181)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مختصر الوقاية» (2/ 250)، و«البحر الرائق» (5/ 156)، و«التاج والإكليل» (5/ 48)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 537)، و«تحبير المختصر» (5/ 47)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (9/ 285)، و«البيان» (8/ 18)، و«النجم الوهاج» (6/ 54)، و«مغني المحتاج» (3/ 525)، و«الديباج» (2/ 568)، و«تحفة المحتاج» (7/ 653)، و«المغني» (6/ 40).

قالَ الحَنفيةُ: لو دفَعَه إلىٰ غيرِه باختيارِه جازَ، وليسَ لـه أنْ يَأخذَه مِن الثاني؛ لأنَّه رضِيَ بإسقاطِ حَقِّه وأبطَلَ حَقَّ نَفسِه عن اختيارٍ[1].

الأسبابُ التي تُوجبُ نَزعَ اللَّقيطِ ممَّن التقَطَه:

1- قالَ المالِكيةُ: إذا خشِيَ علىٰ الطِّفلِ الضَّياعَ مِن عندِه فإنَّه يَدفعُ لمَن يُشفِقُ عليه.[2]

2- قالَ الحَنفيةُ: ويَنبغي أنْ يُنتزعَ منه إذا لَمْ يَكنْ أَهلًا لحِفظِه[3].

3- إذا كانَ المُلتقِطُ كافِرًا فإنَّه يُنزعُ منه **عندَ الجُمهورِ خِلافًا للحَنفيةِ** إذا كانَ اللَّقيطُ مُسلِمًا، كما سيأتي تَفصيلُه.

4- إذا كانَ المُلتقِطُ فاسِقًا نُزعَ منه **عندَ الشافِعيةِ والحَنابلةِ في المَذهبِ كما سيأتي.**

إذا استَوَى اثنانِ في أَخذِه:

إذا ازدحَمَ اثنانِ أو أَكثرُ في أَخذِ اللَّقيطِ وكلٌّ منهم يُريدُ أنْ يَأخذَ اللَّقيطَ عندَه فلا يَخلو حالُهم مِن أنْ يَستووا في الكَفاءةِ والحِفظِ والرِّعايةِ والغِنىٰ والإسلامِ فعندَئذٍ يُقرعُ بينَهما **عندَ جُمهورِ الفُقهاءِ المالِكيةِ والشافِعيةِ والحَنابلةِ، وقالَ الحَنفيةُ:** يَكونُ الرَّأيُ فيه للقاضِي، وأما إنْ كانَ أحدُهما

---

(1) «المبسوط» (10/ 209)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 181)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مختصر الوقاية» (2/ 250)، و«البحر الرائق» (5/ 156).

(2) «شرح مختصر خليل» (7/ 133).

(3) «البحر الرائق» (5/ 156)، و«ابن عابدين» (4/ 270).



غَنيًّا والآخرُ فَقيرًا فيُقدمُ الغَنيُّ عندَ الجُمهورِ، وكذا الأَصلحُ للطِّفلِ، ويَستوي في هذا الرَّجلُ والمَرأةُ.

قالَ المالِكيةُ: إذا ازدحَمَ اثنانِ أو أكثرُ قُدمَ الأكفأُ منهم والأَقوىٰ علىٰ كَفالتِه، وهو مَن لا يَخشىٰ الوَلدُ عندَه ضَيعةً، فإنْ عُدمَ ذلك كلُّه أُقرعَ بينهم، فأيُّهم خرَجَ له أخَذَه[1].

وقالَ الحَنفيةُ: المُلتقِطُ إذا كانَ مُتعدِّدًا فإنْ أمكَنَ التَّرجيحُ اختصَّ به الراجِحُ، وإذا استوَيا في صِفاتِ التَّرجيح كلِّها بأنْ كانَا مُسلِمينِ أو كافِرينِ فالرَّأيُ للقاضِي، ويَنبغي أنْ يُرجِّحَ ما هو أَنفعُ للَّقيطِ، بأنْ يُقدمَ العَدلَ علىٰ الفاسِقِ والغَنيَّ علىٰ الفَقيرِ[2].

وقالَ الشافِعيةُ: إذا التَقطَه اثنانِ معًا وهما أَهلٌ لحِفظِه وحِفظِ مالِه فالأَصحُّ أنَّه يُقدمُ غَنيٌّ علىٰ فَقيرٍ ولو كانَ بَخيلًا؛ لأنَّه أَرفقُ به غالبًا، وقد يُواسيه بمالِه، ولا عِبرةَ بتَفاوتِهما في الغِنىٰ إلا إنْ تميَّزَ أَحدُهما بنحوِ سَخاءٍ وحُسنِ خُلقٍ، ويُقدمُ عَدلٌ ولو فَقيرًا علىٰ مَستورٍ احتِياطًا للَّقيطِ، ولا تُقدمُ امرَأةٌ علىٰ رَجلٍ وإنْ كانَت أَصبرَ منه في التَّربيةِ إلا مُرضِعةً في رَضيعٍ.

فإنِ استوَيا في الصِّفاتِ المُعتبَرةِ وتشاحَّا أُقرعَ بينهما؛ إذ لا مُرجِّحَ،

---

(1) «التاج والإكليل» (5/ 48)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 537)، و«تحبير المختصر» (5/ 47)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (9/ 285).

(2) «البحر الرائق» (5/ 156)، و«ابن عابدين» (4/ 271).

ولعَدمِ مَيلِه إليهما طَبعًا، ولا يُترَكُ في يدِهما لتَعذرِ أو تعسرِ الاجتِماعِ علىٰ الحَضانةِ.(1)

وقالَ الحَنابلةُ: إذا التَقطَه اثنانِ وكانَ كلُّ واحدٍ منهما مِمَّن يُقرُّ في يدِه لو انفرَدَ إلا أنَّ أحدَهما أحظُّ للَّقيطِ مِن الآخرِ بأنْ يَكونَ أحدُهما مُوسرًا والآخرُ مُعسرًا فالمُوسرُ أَحقُّ؛ لأنَّ ذلك أحظُّ للطِفلِ، وكذلك إنْ كانَ أَحدُهما مُقيمًا والآخرُ مُسافرًا؛ لأنَّه أَرفقُ بالطِّفلِ.

فإنْ تساوَيا في كَونِهما مُسلِمينِ عَدلينِ حُرَّينِ مُقيمَينِ فهما سَواءٌ فيه، فإنْ رضِيَ أَحدُهما بإسقاطِ حَقِّه وتَسليمِه إلىٰ صاحِبه جازَ؛ لأنَّ الحَقَّ له فلا يُمنعُ مِن الإيثارِ به، وإنْ تشاحَّا أُقرعَ بينهما؛ لقَولِ اللهِ تعالَىٰ: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44]، ولأنَّه لا يُمكنُ كَونُه عندَهما؛ لأنَّه لا يُمكنُ أنْ يَكونَ عندَهما في حالةٍ واحدةٍ، وإنْ تهايَآه فجُعلَ عندَ كلِّ واحدٍ يَومًا أو أكثَرَ مِن ذلك أضرَّ بالطِّفلِ؛ لأنَّه تَختلفُ عليه الأَغذيةُ والأُنسُ والأُلفُ، ولا يُمكنُ دَفعُه إلىٰ أحدِهما دونَ الآخرِ بغيرِ قُرعةٍ؛ لأنَّ حَقَّهما مُتساوٍ فتَعيُّنُ أَحدِهما بالتَّحكمِ لا يَجوزُ، فتعيَّنَ الإقراعُ بينَهما كما يُقرعُ بينَ الشُّركاءِ في تَعيينِ السِّهامِ في القِسمةِ، وبينَ النِّساءِ في البِدايةِ بالقِسمةِ، وبينَ العَبيدِ في الإعتاقِ، والرَّجلُ والمَرأةُ سَواءٌ، ولا تُرجحُ المَرأةُ ها هنا كما تُرجحُ في حَضانةِ وَلدِها علىٰ أَبيه؛ لأنَّها رُجِّحَت لشَفقتِها علىٰ وَلدِها وتَولِّيها

(1) «النجم الوهاج» (6/ 54، 55)، و«مغني المحتاج» (3/ 525)، و«الديباج» (2/ 568)، و«تحفة المحتاج» (7/ 653، 655).



لحَضانتِه بنَفسِها والأَبُ يَحضنُه بأَجنبيةٍ، فكانَت أُمُّه أَحظَّ له وأَرفقَ به، أما ها هنا فإنَّها أَجنبيةٌ مِن اللَّقيطِ، والرَّجلُ يَحضنُه بأَجنبيةٍ فاستوَيا.

فإنْ كانَ أَحدُهما مَستورَ الحالِ والآخرُ ظاهِرَ العَدالةِ احتمَلَ أنْ يُرجَّحَ العَدلُ؛ لأنَّ المانِعَ مِن الالتِقاطِ مُنتفٍ في حَقِّه بغيرِ شكٍّ، والأَمرُ مَشكوكٌ فيه، فيَكونُ الحَظُّ للطِّفلِ في تَسليمِه إليه أَتمَّ، ويَحتملُ أنْ يَتساوَيا؛ لأنَّ احتِمالَ وُجودِ المانِعِ لا يُؤثِّرُ في المَنعِ فلا يُؤثِّرُ في التَّرجيحِ[1].

حُكمُ التِقاطِ الكافِرِ الذِّمي أو غيرِه:

الطِّفلُ اللَّقيطُ إما أنْ يَكونَ مَحكومًا بإِسلامِه وإما أنْ يُحكَمَ بكُفرِه.

أَولاً: اللَّقيطُ إذا كانَ مُسلمًا:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو كانَ اللَّقيطُ مُسلِمًا فهل يَجوزُ للكافِرِ أنْ يَلتقطَه وهل يُقرُّ في يدِه أم لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا كانَ مَحكومًا بإِسلامِه فإنَّه لا يَصحُّ التِقاطُ الكافِرِ له؛ لأنَّ القِيامَ بأَمرِ اللَّقيطِ وِلايةٌ، ولا وِلايةَ لكافِرٍ علىٰ مُسلِمٍ، ولأنَّه لا يُؤمنُ أنْ يَفتنَه ويُعلِّمَه الكُفرَ، بل الظاهِرُ أنَّه يُربِّيه علىٰ دينِه ويَنشأُ علىٰ ذلك كوَلدِه، فإنِ التَقطَه لَمْ يُقرَّ في يدِه، ويُنتزعُ منه خَشيةَ أنْ يُربِّيَه علىٰ دينِه أو يَطولَ الأَمدُ فيَسترقَّه[2].

---

(1) «المغني» (6/ 41، 42)، و«المحرر في الفقه» (1/ 373)، و«المبدع» (5/ 299)، و«الإنصاف» (6/ 442).

(2) «التاج والإكليل» (5/ 49)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 134)، و«الشرح الكبير مع =

وقالَ الحَنفيةُ: يَصحُّ التِقاطُ الكافِرِ للمُسلمِ، ولو وجَدَه مُسلِمٌ وكافِرٌ فتنازَعا قُضيَ به للمُسلِمِ؛ لأنَّه أَنفعُ للَّقيطِ؛ لأنَّه يُعلِّمُه أَحكامَ الإِسلامِ، ولأنَّه مَحكومٌ له بالإِسلامِ فكانَ المُسلمُ أَولىٰ بحِفظِه.

وهذا إذا لَمْ يَعقلِ الأَديانَ، وإلا نُزِعَ مِن الكافِرِ ولو كانَ هو المُلتقِطَ وحدَه[1].

وكذا المُرتَدُّ عندَ الحَنفيةِ يَصحُّ التِقاطُه؛ حيثُ قالَ ابنُ نُجيمٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولمْ أرَ حُكمَ التِقاطِ المُرتَدِّ لَقيطًا أو لُقطةً، والظاهِرُ أنَّ مَشايخَنا إنما لَمْ يُقيِّدوا المُلتقِطَ بشَيءٍ لإِطلاقِه عندَنا[2].

ثانيًا: اللَّقيطُ إذا كانَ كافِرًا:

نصَّ جَماهيرُ أَهلِ العِلمِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ -فيما يُفهمُ مِن نُصوصِهم- والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا كانَ كافِرًا أو مَحكومًا بكُفرِه فإنَّه يَجوزُ للكافِرِ التِقاطُه؛ لأنَّ الذين كفَرُوا بَعضُهم أَولياءُ بَعضٍ، ويُقرُّ في يدِه لثُبوتِ وِلايتِه عليه؛ لأنَّ الكافِرَ يَلي علىٰ مَن هو مِن أَهلِ دِينِه[3].

=
حاشية الدسوقي» (5/ 538)، و«تحبير المختصر» (5/ 48)، و«البيان» (8/ 18)، و«روضة الطالبين» (4/ 226)، و«النجم الوهاج» (6/ 52، 53)، و«مغني المحتاج» (3/ 524، 523)، و«تحفة المحتاج» (7/ 650)، و«المغني» (6/ 41)، و«الكافي» (2/ 365)، و«كشاف القناع» (4/ 279)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 316).

(1) «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (4/ 271).

(2) «البحر الرائق» (5/ 162).

(3) «البحر الرائق» (5/ 162)، و«حاشية ابن عابدين» (4/ 277، 278)، و«التاج
=

إذا كانَ اللَّقيطُ محكومًا بكُفرِه وتنازَعَه مُسلِمٌ وكافِرٌ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في اللَّقيطِ إذا كانَ مَحكومًا بكُفرِه وتنازَعَه مُسلِمٌ وكافِرٌ، فأيُّهما يُقرُّ في يدِه؟

فذهَبَ الشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لو التقَطَ اللَّقيطَ الكافرَ مُسلِمٌ وكافِرٌ فهما سَواءٌ؛ لاستِوائِهما في الالتِقاطِ، وللكافِرِ علىٰ الكافِرِ الوِلايةُ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في قَولٍ وبعضُ الحَنابلةِ كالإمامِ ابنِ قُدامةَ وغيرِه إلىٰ أنَّه يُقدمُ المُسلِمُ علىٰ الكافِرِ، **قالَ الحارثيُّ**: وهو الصَّحيحُ بلا تَرددٍ؛ لأنَّه عندَ المُسلِمِ يَنشأُ علىٰ الإسلامِ ويَتعلمُ شرائِعَ الدِّينِ، فيَفوزُ بسَعادةِ الدُّنيا والآخِرةِ ويَنجو مِن النارِ ويَتخلصُ مِن الجزيةِ والصَّغارِ، حتىٰ وإنْ كانَ المُسلِمُ فَقيرًا والكافِرُ غَنيًّا، فالمُسلِمُ أَولىٰ مِن الكافِرِ؛ لأنَّ النَّفعَ الحاصِلَ له بإسلامِه أَعظمُ مِن النَّفعِ الحاصِلِ له بيَسارِه معَ كُفرِه.

وفي قَولٍ عندَ الشافِعيةِ يُقدمُ الكافِرُ؛ لأنَّه علىٰ دِينِه[1].

=

والإكليل» (5/ 49)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 134)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 538)، و«تحبير المختصر» (5/ 48)، و«البيان» (8/ 18)، و«روضة الطالبين» (4/ 226)، و«النجم الوهاج» (6/ 52)، و«مغني المحتاج» (3/ 524)، و«تحفة المحتاج» (7/ 650)، و«المغني» (6/ 41)، و«الكافي» (2/ 365)، و«كشاف القناع» (4/ 279)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 316).

(1) «النجم الوهاج» (6/ 52، 53)، و«مغني المحتاج» (3/ 524، 525) المغني» (6/ 42)، و«كشاف القناع» (4/ 279، 280).

التِقاطُ الفاسِقِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الفاسِقِ إذا التَقطَ صَبيًّا مُسلِمًا، هل يُقرُّ في يدِه أم يُنزعُ منه؟

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه يُشترطُ في المُلتقِطِ أنْ يَكونَ عَدلًا ولو ظاهِرًا، فلا يَصحُّ التِقاطُ الفاسِقِ ويُنزعُ منه؛ لأنَّ الحَضانةَ وِلايةٌ والفاسِقُ ليسَ مِن أَهلِ الوِلايةِ، فيُنتزعُ منه لأنَّه ليسَ في حِفظِ اللَّقيطِ إلا الوِلايةُ، ولا وِلايةَ لفاسِقٍ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفارَقَ اللُّقطةَ مِن أَوجهٍ:

أَحدُها: أنَّ في اللَّقطةِ مَعنىٰ الكَسبِ، وليسَ ها هنا إلا الوِلايةِ.

والثاني: أنَّ اللُّقطةَ لو انتزَعْناها منه ردَّدْناها إليه بعدَ الحَولِ، فاحتَطْنَا عليها معَ بَقائِها في يديه، وها هنا لا تُردُّ إليه بعدَ الانتِزاعِ منه بحالٍ، فكانَ الانتِزاعُ أَحوطَ.

والثالِثُ: أنَّ المَقصودَ ثَم حِفظُ المالِ، ويُمكنُ الاحتِياطُ عليه بأنْ يَستظهرَ عليه في التَّعريفِ أو يَنصبَ الحاكِمُ مَن يُعرِّفُها، وها هنا المَقصودُ حِفظُ الحُريةِ والنَّسبِ، ولا سَبيلَ إلىٰ الاستِظهارِ عليه؛ لأنَّه قد يَدَّعي رِقَّه في بعضِ البُلدانِ أو في بعضِ الزَّمانِ، ولأنَّ اللُّقطةَ إنما يُحتاجُ إلىٰ حِفظِها والاحتِياطُ عليها عامًا واحدًا، وهذا يَحتاجُ إلىٰ الاحتِياطِ عليه في جَميعِ زَمانِه.

وأما على ظاهِرِ قَولِ الخِرقيِّ فلا يُنزعُ منه؛ لأنَّه قد ثبَتَت له الوِلايةُ بالتِقاطِه إيَّاه وسَبقِه إليه، وأمكَنَ حِفظُ اللَّقيطِ في يديه بالإشهادِ عليه، وضَمِّ أَمينٍ يُشارِفُه إليه ويُشيعُ أَمرَه فيُعرفُ أنَّه لَقيطٌ، فيَنحفظُ بذلك مِن غيرِ زَوالِ وِلايتِه؛ جَمعًا بينَ الحَقينِ كما في اللُّقطةِ، وكما لو كانَ الوَصيُّ خائنًا، وما ذُكرَ مِن التَّرجيح للُّقطةِ فيُمكنُ مُعارضتُه بأنَّ اللَّقيطَ ظاهِرٌ مَكشوفٌ لا تَخفى الخيانَةُ فيه، واللُّقطةُ مَستورةٌ خَفيةٌ تتطرَّقُ إليها الخيانَةُ ولا يُعلمُ بها؛ ولأنَّ اللُّقطةَ يُمكنُ أَخذُ بَعضِها وتَنقيصُها وإِبدالُها، ولا يُتمكنُ مِن ذلك في اللَّقيطِ، ولأنَّ المالَ مَحلُّ الخيانَةِ، والنُّفوسُ إلى تَناولِه وأَخذِه داعيةٌ بخِلافِ النُّفوسِ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ إلى صِحةِ التِقاطِ الفاسِقِ، فلا يُشترطُ عندَهم إسلامٌ ولا عَدالةٌ في المُلتقِطِ[2].

(1) «المغني» (6/ 40)، و«البيان» (8/ 18)، و«روضة الطالبين» (4/ 226)، و«النجم الوهاج» (6/ 53)، و«مغني المحتاج» (3/ 525)، و«كشاف القناع» (4/ 278، 279).
(2) «البحر الرائق» (5/ 162)، و«الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (4/ 271).

الحُكمُ بإسلامِ اللَّقيطِ:

اللَّقيطُ لا يَخلو إما أنْ يُوجدَ في دارِ الإسلامِ وإما أنْ يُوجدَ في دارِ الكُفرِ:

أولاً: أنْ يُوجدَ اللَّقيطُ في دارِ الإسلامِ:

اللَّقيطُ في دارِ الإسلامِ له ضَربانِ: إما أنْ يُوجدَ في قَريةٍ مِن قُرىٰ أَهلِ الذِّمةِ أو في بِيعةٍ أو كَنيسةٍ، وإما أنْ يُوجدَ في بَلدِ المُسلمينَ.

الضَّربُ الأَولُ: أنْ يُوجدَ في قَريةٍ مِن قُرى أَهلِ الذِّمةِ أو في بِيعةٍ أو كَنيسةٍ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في اللَّقيطِ يُوجدُ في قَريةٍ مِن قُرىٰ أَهلِ الذِّمةِ ليسَ فيها مُسلِمٌ أو يُوجدُ في بِيعةٍ أو كَنيسةٍ، هل يُحكمُ بإِسلامِه أم لا؟ علىٰ تَفصيلٍ في كلِّ مَذهبٍ.

قالَ الحَنفيةُ: اللَّقيطُ إذا وُجدَ في قَريةٍ مِن قُرىٰ أَهلِ الذِّمةِ -الخاضِعةِ لحُكمِ الإسلامِ- ليسَ فيها مُسلِمٌ أو في بِيعةٍ أو كَنيسةٍ يَكونُ ذِميًّا؛ تَحكيمًا للظاهِرِ؛ لأنَّ المَوجودَ في مَكانٍ هو في أَيدي أَهلِ الذِّمةِ، وتَصرُّفُهم في أَيديهم، واللَّقيطُ الذي هو في يدِ الذِّميِّ وتَصرُّفِه يَكونُ ذِميًّا، وهذا إذا كانَ الواجِدُ له ذِميًّا بلا خَلافٍ عندَهم، وأما إنْ كانَ الواجِدُ له مُسلِمًا فعلىٰ أَقوالٍ في المَذهبِ:

الأَولُ وهو رِوايةُ الأَصلِ: أنَّه يُحكمُ بكُفرِه كذلك علىٰ الصَّحيحِ مِن المَذهبِ؛ تَغليبًا للمَكانِ لأنَّ المَكانَ إليه أَسبقُ مِن يدِ الواجِدِ والحُكمُ للسابِقِ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ أَهلَ الذِّمةِ يَضعونَ أَولادَهم في مَساجدِ المُسلِمينَ



وأنَّ المُسلِمينَ لا يَضعونَ أولادَهم في البِيعِ والكَنائسِ، والحُكمُ بالظاهِرِ واجِبٌ عندَ تَعذُّرِ الوُقوفِ علىٰ الحَقيقةِ.

ولأنَّ اللَقيطَ في حُكمِ المُباحِ، فمَن سبَقَت يدُه إليه صارَ مُحرِزًا له، وكانَ الحُكمُ ليدِه؛ إذ ليسَ للمَكانِ يَدٌ مُعتبَرةٌ، ألَا تَرىٰ أنَّ المُباحَ يُملكُ بالإحرازِ باليَدِ دونَ المَكانِ.

والرِّوايةُ الثانِيةُ وهي رِوايةُ ابنِ سِماعةَ عن مُحمَّدٍ: أنَّه اعتبَرَ حالَ الواجِدِ مِن كَونِه مُسلِمًا أو ذِميًّا، فإنْ كانَ الواجِدُ في هذه الأماكنِ مُسلِمًا فاللَّقيطُ مُسلِمٌ، وإنْ كانَ الواجِدُ ذِميًّا فاللَّقيطُ ذِميٌّ؛ لأنَّ اليَدَ أقوىٰ مِن المَكانِ.

والرِّوايةُ الثالِثةُ: أنَّه يُعتبرُ الحُكمُ بالزِّيِّ والسِيما، فإنْ كانَ عليه سِيما المُسلِمينَ فمُسلِمٌ، وإلا فكافِرٌ، والأصلُ فيه قولُه تعالَىٰ: ﴿يُعۡرَفُ ٱلۡمُجۡرِمُونَ بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [الرحمن: 41] فإذا كانَ في عُنقِه صَليبٌ وعليه ثَوبُ دِيباجٍ ووَسطَ رَأسِه مُحرزٌ فالظاهِرُ أنَّه مِن أولادِ النَّصارىٰ، فلا يُحكمُ له بإسلامِه، وإلا حُكمَ بإسلامِه.

وفي رِوايةٍ: يُحكمُ بإسلامِه نَظرًا للصَّغيرِ [1].

وقالَ المالِكيةُ: اللَّقيطُ إذا وُجدَ في بِلادِ المُسلِمينَ فإنَّه يُحكمُ بإسلامِه بلا خِلافٍ؛ لأنَّه الأصلُ والغالِبُ، وسَواءٌ التَقطَه مُسلِمٌ أو كافِرٌ.

---

(1) «المبسوط» (17/ 130، 131)، و«بدائع الصنائع» (6/ 198)، و«الهداية» (2/ 173)، و«الاختيار» (3/ 36)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 183، 184)، و«العناية» (8/ 191)، و«البحر الرائق» (5/ 158)، و«اللباب» (1/ 659).

وكذا يُحكمُ بإسلامِه إذا وُجدَ في قَريةٍ ليسَ فيها مِن المُسلِمينَ سِوىٰ بَيتَينِ أو ثَلاثةٍ تَغليبًا للإسلامِ، بشَرطِ أنْ يَكونَ الذي التَقطَه مُسلِمًا، فإنِ التَقطَه ذِميٌّ فإنَّه يُحكمُ بكُفرِه علىٰ المَشهورِ، والبَيتُ كالبَيتَينِ علىٰ ظاهِرِ «المُدوَّنة».

وأما إنْ كانَ فيها أكثرُ مِن ثَلاثةِ بُيوتٍ فيُحكمُ بإسلامِه قَطعًا وإنِ التَقطَه كافِرٌ، وكذا لو كانَ المُسلِمونَ مُساوينَ أو أكثرَ أو قَريبًا مِن التَّساوي، فيُحملُ اللَّقيطُ علىٰ الإسلامِ وإنِ التَقطَه مُشرِكٌ.

وإذا وُجدَ في قَريةٍ مِن قُرىٰ الشِّركِ أو في مَوضعٍ مِن مَواضِعهم كالبَيعةِ والكَنيسةِ -ولو كانَت بينَ قُرىٰ المُسلِمينَ- فإنَّه يَكونُ مُشرِكًا، سَواءٌ التَقطَه مُسلِمٌ أو كافِرٌ تَغليبًا للدارِ، والحُكمُ للغالِبِ، وهو قَولُ ابنِ القاسِمِ، وقيلَ: إنِ التَقطَه مُسلِمٌ فمُسلِمٌ وإنِ التَقطَه كافِرٌ فكافِرٌ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: إذا وُجدَ لَقيطٌ بدارِ الإسلامِ بأنْ سكَنَها المُسلِمونَ وإنْ كانَ فيها أهلُ ذِمةٍ أو مُعاهدونَ، أو وُجدَ لَقيطٌ بدارٍ فتَحَها المُسلِمونَ وأقرُّوها بيَدِ الكُفارِ صُلحًا علىٰ وَجهِه وإنْ لَمْ يَملِكُوها، أو وُجدَ بدارٍ أقَرَّها المُسلِمونَ بيدِ كفارٍ بعدَ مِلكِها عَنوةً بجِزيةٍ، أو وُجدَ اللَّقيطُ بدارٍ كانَ المُسلِمونَ يَسكنونَها ثُم جَلاهم الكُفارُ عنها، وفيها مُسلِمٌ في الصُّورِ الأَربعِ

(1) «مواهب الجليل» (43، 44)، و«التاج والإكليل» (5/ 47)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 132)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (9/ 280، 281).





يُمكنُ أنْ يُولدَ للمُسلِمِ ذلك اللَّقيطُ ولو كانَ المُسلِمُ أَسيرًا مُنتشِرًا أو تاجِرًا أو مُجتازًا أو **نَفاه حُكمَ بإسلامِ اللَّقيطِ** في المَسائلِ الأَربعِ تَغليبًا للإِسلامِ؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «**الإسلامُ يَعلو ولا يُعلىٰ عليه**».

وأما إذا كانَ جَميعُ مَن في القَريةِ كُفارًا بعدَ أنْ أَجلوا المُسلِمينَ منها فهو كافِرٌ علىٰ الصَّحيحِ؛ لأنَّه لا يُحتملُ أنْ يَكونَ ابنَ مُسلِمٍ.

وقيلَ: إنَّه مُسلِمٌ؛ لأنَّ الدارَ دارُ إِسلامٍ، ويُحتملُ أنْ يَكونَ بقِيَ فيها مُسلِمٌ أخفَىٰ نَفسَه وهذا ابنُه.

وإذا وُجدَ اللَّقيطُ بدارِ الإِسلامِ ولا مُشركَ فيها كالحَرمِ فهو مُسلِمٌ ظاهِرًا وباطنًا وإلا ففي الظاهِرِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ وُجدَ اللَّقيطُ في دارِ الإِسلامِ في بلدٍ كلُّ أَهلِها أَهلُ ذِمةٍ فكافِرٌ؛ لأنَّ تَغليبَ حُكمِ الإِسلامِ إنما يَكونُ معَ الاحتِمالِ، وهذه لا مُسلِمَ فيها يُحتملُ كَونُه منه.

وقالَ القاضِي وابنُ عَقيلٍ: هو مُسلِمٌ؛ لأنَّ الدارَ للمُسلِمينَ، ولاحتِمالِ كَونِه مِن مُسلِمٍ يَكتمُ إيمانَه.

وإنْ وُجدَ اللَّقيطُ في بَلدِ الإِسلامِ الذي كلُّ أَهلِه أَهلُ ذِمةٍ وكانَ فيها

---

(1) «البيان» (8/ 12، 14)، و«روضة الطالبين» (4/ 239، 240)، و«النجم الوهاج» (6/ 65)، و«مغني المحتاج» (3/ 529، 530)، و«تحفة المحتاج» (7/ 663، 665)، و«نهاية المحتاج» (5/ 520، 521)، و«الديباج» (2/ 571، 572).

مُسلِمٌ -ولو واحِدًا- فاللَّقيطُ مُسلِمٌ إنْ أمكَنَ كَونُ اللَّقيطِ مِن المُسلِمِ بها؛ تَغليبًا للإسلامِ ولظاهِرِ الدارِ[1].

الضَّربُ الثاني: أنْ يُوجدَ اللَّقيطُ في بَلدِ المُسلِمينَ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المُسلِمينَ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا وُجدَ في بَلدٍ مِن بِلادِ المُسلِمينَ الذي يَقطنُها المُسلِمونَ أنَّه مُسلِمٌ، وسَواءٌ كانَ أكثرُ ساكِنِيها مُسلِمينَ أو كُفَّارًا؛ تَغليبًا للإسلامِ ولظاهِرِ الدارِ، ولأنَّه يُحتملُ أنَّه مُسلِمٌ، ويُحتملُ أنَّه كافِرٌ، فغُلِّبَ الإسلامُ تَغليبًا للدارِ؛ لقَولِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الإسلامُ يَعلو ولا يُعلىٰ عليه**»، سَواءٌ كانَ الذي وجَدَه مُسلِّمٌ أو ذِميٌّ؛ لأنَّ المَوجودَ في مَكانٍ هو في أيدي أهلِ الإسلامِ وتَصرُّفِهم في أيديهم، واللَّقيطُ الذي هو في يَدِ المُسلِمِ وتَصرُّفُه يَكونُ مُسلمًا ظاهِرًا.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أجمَعَ عَوامُّ أهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ الطِّفلَ إذا وُجدَ في بِلادِ المُسلِمينَ في أيِّ مَكانٍ وُجدَ مَيتًا، أنْ غَسلَه ودَفنَه يَجبُ في مَقابرِ المُسلِمينَ، وقد مَنعوا أنْ يُدفنُ أطفالُ المُشرِكينَ في مَقابرِ المُسلِمينَ»[2].

(1) «المغني» (6/ 35، 36)، و«المبدع» (5/ 295)، و«كشاف القناع» (4/ 276)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 313)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 245، 246)، و«أحكام أهل الذمة» (2/ 939، 940).

(2) «الإجماع» (571)، و«الإشراف» (6/ 358) المصادر السابقة.

ثانيًا: أنْ يُوجدَ اللَّقيطُ في قُرى الشِّركِ:

اللَّقيطُ الذي يُوجدُ في دارِ الكُفرِ والشِّركِ: لا يَخلو حالُ هذه الدارِ مِن أَمرينِ، **أَحدُهما**: إما ألَّا يَكونَ فيها مُسلِمٌ، فإذا التَقطَه كافِرٌ فاللَّقيطُ كافِرٌ **باتِّفاقِ المَذاهبِ الأَربعةِ**.

وإنْ كانَ المُلتقِطُ له مُسلِمًا فكافِرٌ أَيضًا **عندَ جُمهورِ الفُقهاءِ الحَنفيةِ في الصَّحيحِ عندَهم والمالِكيةِ في المَشهورِ والشافِعيةِ والحَنابِلةِ**.

وفي قَولٍ للحَنفيةِ ومُقابلِ المَشهورِ للمالِكيةِ أنَّه إنِ التَقطَه مُسلِمٌ فمُسلِمٌ تَغليبًا لليَدِ.

والثاني: أنْ يَكونَ في دارِ الكُفارِ مُسلِمٌ واحدٌ أو أَكثرُ، فاختَلفَ الفُقهاءُ في اللَّقيطِ إذا وُجدَ فيها، هل يُحكمُ بإسلامِه أم كُفرِه تَغليبًا للدارِ؟

فالصَّحيحُ عندَ الحَنفيةِ والمالِكيةِ في المَشهورِ أنَّه يُحكمُ بكُفرِه تَغليبًا للدارِ.

وذهَبَ الحَنفيةُ في قَولٍ والمالِكيةُ في مُقابلِ المَشهورِ والشافِعيةُ في الأَصحِّ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلى أنَّه إذا وُجدَ مُسلِمٌ أو أَكثرُ في بِلادِ الكُفرِ فإنَّه يُحكمُ بإسلامِه تَغليبًا للإِسلامِ.

قالَ الحَنفيةُ: اللَّقيطُ إذا وُجدَ في بِلادِ الكُفارِ فكافِرٌ تَحكيمًا للظاهِرِ، وهذا إذا كانَ الواجِدُ له ذِميًّا بلا خِلافٍ عندَهم.

وأما إنْ كانَ الواجِدُ له مُسلِمًا فعلى أَقوالٍ في المَذهبِ أَصحُّها في

المَذهبِ أنَّه يُحكمُ بكُفرِه تَغليبًا للمَكانِ؛ لأنَّ المَكانَ إليه أَسبقُ مِن يَدِ الواجِدِ، والحُكمُ للسابِقِ.

والرِّوايةُ الثانيةُ وهي رِوايةُ ابنِ سِماعةَ عن مُحمَّدٍ: أنَّه اعتَبرَ حالَ الواجِدِ مِن كَونِه مُسلِمًا أو ذِميًّا، فإنْ كانَ الواجِدُ في هذه الأماكنِ مُسلِمًا فاللَّقيطُ مُسلِمٌ، وإنْ كانَ الواجِدُ ذِميًّا فاللَّقيطُ ذِميٌّ؛ لأنَّ اليدَ أقوىٰ مِن المَكانِ.

والرِّوايةُ الثالِثةُ: أنَّه يُعتبَرُ الحُكمُ بالزِّيِّ والسِّيما، فإنْ كانَ عليه سِيما المُسلِمينَ فمُسلِمٌ، وإلا فكافِرٌ، والأَصلُ فيه قَولُه تعالَىٰ: ﴿يُعْرَفُ ٱلْمُجْرِمُونَ بِسِيمَٰهُمْ﴾ [الرحمن: 41] فإذا كانَ في عُنقِه صَليبٌ وعليه ثَوبُ دِيباجٍ ووَسطَ رَأسِه مُحرزٌ فالظاهِرُ أنَّه مِن أَولادِ النَّصارىٰ، فلا يُحكمُ له بإسلامِه، وإلا حُكمَ بإسلامِه.

وفي رِوايةٍ: يُحكمُ بإسلامِه نَظرًا للصَّغيرِ.

قالَ في «الدُّرِّ المُختارِ»: «المَسألةُ رُباعيةٌ؛ لأنَّه إما أنْ يَجدَه مُسلِمٌ في مَكانِنا فمُسلِمٌ، أو كافِرٌ في مَكانِهم فكافِرٌ، أو كافِرٌ في مَكانِنا أو عَكسُه -أي مُسلِمٌ في مَكانِهم- فظاهِرُ الرِّوايةِ اعتِبارُ المَكانِ لسَبقِه»[1].

---

(1) «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (4/ 273)، **ويُنْظَر**: «المبسوط» (17/ 130، 131)، و«بدائع الصنائع» (6/ 198)، و«الهداية» (2/ 173)، و«الاختيار» (3/ 36)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 183، 184)، و«العناية» (8/ 191)، و«البحر الرائق» (5/ 158)، و«اللباب» (1/ 659).

قالَ المالِكيةُ: إذا وُجدَ اللَّقيطُ في بِلادِ الشِّركِ أو قَريةٍ مِن قُرىٰ الشَّركِ أو في مَوضعٍ مِن مَواضِعهم كالبَيعةِ والكَنيسةِ ولو كانَت بينَ قُرىٰ المُسلِمينَ فإنَّه يَكونُ مُشرِكًا، سَواءٌ التَقطَه مُسلِمٌ أو كافِرٌ تَغليبًا للدارِ، والحُكمُ للغالِبِ، وهو قَولُ ابنِ القاسِمِ.

وقيلَ: إنِ التَقطَه مُسلِمٌ فمُسلِمٌ، وإنِ التَقطَه كافِرٌ فكافِرٌ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: إنْ وُجدَ اللَّقيطُ بدارِ كُفارٍ وهي دارُ الحَربِ فكافِرٌ ذلك اللَّقيطُ إنْ لَم يَسكنْها مُسلِمٌ؛ لأنَّ الإِسلامَ إنما يَعلو إذا احتُمِلَ، ولا احتِمالَ هنا؛ إذ لا مُسلِمَ يُحتملَ إِلحاقُه به، ثُم إنْ كانَ أَهلُ البُقعةِ مِلَلًا جُعلَ مِن أَقربِهم إلى الإِسلامِ.

وإنْ سكَنَها مُسلِمٌ كأَسيرٍ وتاجِرٍ يُمكنُ أنْ يَكونَ وَلدَه فمُسلِمٌ في الأَصحِّ؛ تَغليبًا للإِسلامِ، فإنْ أنكَرَه ذلك المُسلِمُ قُبلَ في نَفيِ نَسبِه دونَ إِسلامِه.

والثاني: كافِرٌ؛ تَغليبًا للدارِ؛ لأنَّه يُحتملُ أنَّه ابنُ مُسلِمٍ ويُحتملُ أنَّه ابنُ كافِرٍ فغُلبَ الكُفرُ؛ لأنَّ الدارَ دارُ كُفرٍ، والكُفارُ فيها أَكثرُ، ولأنَّ الظاهِرَ مِن الأَسيرِ أنَّه لا يَتمكَّنُ مِن الوَطءِ بنِكاحٍ ولا بغيرِه.

---

(1) «مواهب الجليل» (43، 44)، و«التاج والإكليل» (5/ 47)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 132)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (9/ 280، 281).

ولو وُجدَ اللَّقيطُ ببَرِيَّةٍ فمُسلِمٌ إذا كانَت بَرِيَّةَ دارِنا أو بَريةً لا يدَ لأَحدٍ عليها، أما بَرِيَّةُ دارِ الحَربِ لا يَطرقُها مُسلِمٌ فلا.

ووَلدُ الذِّميةِ مِن الزِّنا ليسَ بمُسلِمٍ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: اللَّقيطُ إذا وُجدَ في دارِ الكُفرِ فلا يَخلو مِن حالتَين:

الأُولىٰ: إما ألَّا يُوجدَ في الدارِ مُسلِمٌ فلَقيطُها كافِرٌ؛ لأنَّ الدارَ لهم وهم منها.

والثانيةُ: أنْ يُوجدَ فيها مُسلِمونَ كُثرٌ فاللَّقيطُ مُسلِمٌ تَغليبًا للإسلامِ، وإنْ كانَ المُسلِمونَ فيها قِلةً كتاجِرٍ وأَسيرٍ فوَجهانِ، أَصحُّهما أنَّه يُحكمُ بكُفرِه تَغليبًا للدارِ، والوَجهُ الثانِي: يُحكمُ بإسلامِه تَغليبًا للإسلامِ[2].

الحُكمُ بحُريةِ اللَّقيطِ:

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمَعَ عَوامُّ أَهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ حرٌّ، وروَيْنا هذا القَولَ عن عُمرَ بنِ الخَطابِ، وعليِّ بنِ أَبي طالِبٍ، وبه قالَ عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ والشَّعبيُّ والنَّخَعيُّ والحَكمُ وحَمادٌ ومالِكٌ والثَّوريُّ والشافِعيُّ وإِسحاقُ ومَن تبِعَهم مِن أَهلِ العِلمِ[3].

(1) «البيان» (8/ 12، 14)، و«روضة الطالبين» (4/ 239، 240)، و«النجم الوهاج» (6/ 65)، و«مغني المحتاج» (3/ 529، 530)، و«تحفة المحتاج» (7/ 663، 665)، و«نهاية المحتاج» (5/ 520، 521)، و«الديباج» (2/ 571، 572).

(2) «المغني» (6/ 35، 36)، و«كشاف القناع» (4/ 276)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 313)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 245، 246).

(3) «الإشراف» (6/ 358)، و«الإجماع» (570).



وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللَّقيطُ حُرٌّ في قَولِ عامَّةِ أهلِ العِلمِ إلا النَّخعيَّ، قالَ ابنُ المُنذرِ: أجمَعَ عَوامُّ أهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ حُرٌّ.

رَوَيْنا هذا القَولَ عن عُمرَ وعَليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا، وبه قالَ عُمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ والشَّعبيِّ والحكمُ وحَمادٌ ومالِكٌ والثَّوريُّ وإِسحاقُ وأصحابُ الرَّأيِ ومَن تبعَهم.

وقالَ النَّخعيُّ: إنِ التَقطَه للحِسبةِ فهو حُرٌّ وإنْ كانَ أرادَ أنْ يَسترِقَّه فذلك له.

وذلك قَولٌ شَذَّ فيه عن الخُلفاءِ والعُلماءِ، ولا يَصحُّ في النَّظرِ؛ فإنَّ الأَصلَ في الآدميِّينَ الحُريةُ، فإنَّ اللهَ تعالَىٰ خلَقَ آدمَ وذُريتَه أحرارًا، وإنما الرِّقُّ للعارِضِ، فإذا لَمْ يُعلَمْ ذلك العارِضُ فله حُكمُ الأَصلِ[1].

مِيراثُ اللَّقيطِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ حُرٌّ كما تقدَّمَ، وأنَّ وَلاءَه للمُسلِمينَ لا لمُلتقِطِه، فمِيراثُه للمُسلِمينَ وجِنايتُه عليهم في بَيتِ المالِ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **مَسألةٌ**: قالَ: (ووَلاؤُه لسائرِ المُسلِمينَ، يَعني مِيراثُه لهم، فإنَّ اللَّقيطَ حُرُّ الأَصلِ ولا وَلاءَ عليه، وإنما يَرِثُه المُسلِمونَ؛ لأنَّهم خوَّلوا كلَّ مالٍ لا مالكَ له ولأنَّهم يَرثونَ مالَ مَن لا وارِثَ له غيرَ اللَّقيطِ فكذلك اللَّقيطُ...) وهو قَولُ مالِكٍ والشافِعيِّ وأكثرِ أهلِ العِلمِ.

(1) «المغني» (6/ 35).

وقالَ شُريحٌ وإِسحاقُ: عليه الوَلاءُ لمُلتَقطِه؛ لمَا رَوىٰ واثلةُ بنُ الأَسقعِ قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**المَرأةُ تَحوزُ ثَلاثةَ مَواريثَ: عَتيقَها ولَقيطَها ووَلَدَها الذي لاعَنَت عليه**» أخرَجَه أَبو داودَ والتِّرمذيُّ وقالَ حَديثٌ حَسنٌ.

وقالَ عُمرُ لأَبي جَميلةَ في لُقطتِه: «هو حُرٌّ ولك وَلاؤُه وعلينا نَفقتُه».

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إنما الوَلاءُ لمن أَعتقَ**»، ولأنَّه لَمْ يَثبتْ عليه رِقٌّ ولا علىٰ آبائِه فلمْ يَثبتْ عليه وَلاءٌ كالمَعروفِ نَسبُه، ولأنَّه إنْ كانَ ابنَ حُرَّينِ فلا وَلاءَ عليه، وإنْ كانَ ابنَ مُعتَقينِ فلا يَكونُ عليه وَلاءٌ لغيرِ مُعتِقِهما، وحَديثُ واثلةَ لا يَثبتُ، قالَه ابنُ المُنذرِ، وخبَرُ عُمرَ قالَ ابنُ المُنذرِ: أَبو جَميلةَ رَجلٌ مَجهولٌ لا تَقومُ بحَديثِه حُجةٌ، ويُحتملُ أنَّ عُمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَنىٰ بقَولِه: «**لك وَلاؤُه**» أي لك وِلايتُه -القيامُ به وحِفظُه-، لذلك ذكَرَه عُقيبَ قَولِ عَريفِه إنَّه رَجلٌ صالِحٌ، وهذا يَقتضي تَفويضَ الوِلايةِ إليه لكَونِه مَأمونًا عليه دونَ الميراثِ.

إذا ثبَتَ هذا فإنَّ حُكمَ اللَّقيطِ في المِيراثِ حُكمُ مَن عُرفَ نَسبُه وانقرَضَ أَهلُه، يُدفعُ إلىٰ بَيتِ المالِ إذا لَمْ يَكنْ له وارثٌ.

فإنْ كانَ له زَوجةٌ فلها الرُّبعُ والباقي لبَيتِ المالِ، وإنْ كانَت امرَأةً لها زَوجٌ فله النِّصفُ والباقي لبَيتِ المالِ، وإنْ كانَت له بِنتٌ أو ذو رَحمٍ كبِنتِ بِنتٍ أخَذَت جَميعَ المالِ؛ لأنَّ الردَّ وذا الرَّحمِ مُقدمٌ علىٰ بَيتِ المالِ[1].

(1) «المغني» (6/ 39)، و«الكافي» (2/ 363).

وجاءَ في المُوطَّأِ (1417): «قالَ يَحييٰ: قالَ مالِكٌ: عن ابنِ شِهابٍ عن سُنينٍ أَبي جَميلةَ -رَجلٌ مِن بَني سُليم- أنَّه وجَدَ مَنبوذًا في زَمانِ عُمرَ بنِ الخَطابِ قالَ: فجِئتُ به إلىٰ عُمرَ بنِ الخَطابِ، فقالَ: ما حمَلَك علىٰ أخذِ هذه النَّسمةِ؟ فقالَ: وجَدتُها ضائِعةً فأخَذتُها. فقالَ له عَريفُه: يا أَميرَ المُؤمِنينَ إنَّه رَجلٌ صالِحٌ. فقالَ له عُمرُ: أكذلك؟ قالَ: نَعم. فقالَ عُمرُ بنُ الخَطابِ: اذهبْ فهو حُرٌّ، ولك وَلاؤُه وعلينا نَفقتُه.

س7- 159 قالَ يَحييٰ: سمِعتُ مالِكًا يَقولُ: الأَمرُ عندَنا في المَنبوذِ أنَّه حُرٌّ وأنَّ وَلاءَه للمُسلِمينَ، هم يَرثونَه ويَعقلونَ عنه»[1].

النَّفقةُ على اللَّقيطِ:

اللَّقيطُ لا يَخلو حالُه مِن حالَتينِ: إما أنْ يُوجَدَ معه مالٌ أو لا يُوجدُ.

الحالَةُ الأُولى: أنْ يُوجدَ معه مالٌ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا وُجدَ معه أَثناءَ الالتِقاطِ أو وُهبَ له بعدَ ذلك أو تُصدِّقَ عليه أنَّه يُنفقُ عليه مِن هذا المالِ، وذلك لأنَّ الطِّفلَ يَملكُ وله يَدٌ صَحيحةٌ؛ بدَليلِ أنَّه يَرثُ ويُورثُ، ويَصحُّ أنْ يَشتريَ له وليُّه ويَبيعَ، ومَن له مِلكٌ صَحيحٌ فله يَدٌ صَحيحةٌ كالبالِغِ، ولأنَّ الطِّفلَ إذا

---

(1) «الموطأ» (2/ 738)، ويُنْظَر: «التاج والكليل» (5/ 47)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536)، و«تحبير المختصر» (5/ 45)، و«شرح الزرقاني» (4/ 22، 23)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 447، 448)، و«الاختيار» (3/ 34)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 180)، و«الحاوي الكبير» (8/ 52).

كانَ له أَبوانِ مُوسِرانِ وله مالٌ كانَت نَفقتُه في مالِه، فلأنْ تكونَ نَفقةُ مَن لا يُعرفُ أَبواه في مالِه أَولىٰ[1].

الحالَةُ الثانِيةُ: أَلَّا يُوجدَ معه مالٌ:

وهذه الحالَةُ لا تَخلو مِن صُورتَين:

الأُولى: أنْ يُوجدَ في بَيتِ المالِ مالٌ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّه إذا لَم يَكنْ معَ اللَّقيطِ مالٌ ولا وُهبَ له أو تُصدِّقَ أو وُقفَ عليه فإنَّ نَفقتَه واجِبةٌ في بَيتِ مالِ المُسلِمينَ إذا كانَ فيه مالٌ؛ لمَا رَوىٰ الإمامُ مالِكٌ عنِ ابنِ شِهابٍ، عن سُنينٍ أَبي جَميلةَ -رَجلٌ مِن بَني سُلَيمٍ- أنَّه وَجدَ مَنبوذًا في زَمنِ عُمرَ بنِ الخَطابِ، قالَ: فجِئْتُ إلَىٰ عُمرَ بنِ الخطَّابِ فقالَ: ما حمَلَكَ علىٰ أَخذِ هذه النَّسمةِ؟ فقالَ: وجَدتُها ضائِعةً فأَخذتُها. فقالَ له عَريفُه: يا أَميرَ المُؤمِنينَ، إنَّه رَجلٌ صالِحٌ. فقالَ عُمرُ: كذلك؟ قالَ: نَعم، فقالَ عُمرُ بنُ الخَطابِ: اذهبْ فهو حُرٌّ، ولك وَلاؤُه وعلينا نَفقتُه[2]، ولأنَّه لو كانَ بالِغًا مُعسِرًا كانَت نَفقتُه في بَيتِ المالِ، فاللَّقيطُ بذلك أَحقُّ[3].

---

(1) «الهداية» (2/ 174)، و«الاختيار» (3/ 36)، و«اللباب» (1/ 659)، و«التاج والإكليل» (5/ 45)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534، 535)، و«تحبير المختصر» (5/ 44، 45)، و«الحاوي الكبير» (8/ 37)، و«البيان» (8/ 14)، و«النجم الوهاج» (6/ 58، 59)، و«مغني المحتاج» (3/ 527)، و«الديباج» (2/ 570)، و«المغني» (6/ 38)، و«الإفصاح» (2/ 66).

(2) رواه مالك في «الموطأ» (2/ 738)، رقم (1417).

(3) «الهداية» (2/ 174)، و«الاختيار» (3/ 36)، و«اللباب» (1/ 659)، و«التاج =



الحالَةُ الثانِيةُ: ألَّا يُوجدَ في بَيتِ المالِ شَيءٌ أو كانَ مُعطَّلًا:

إذا لَمْ يَكنْ في بَيتِ المالِ شَيءٌ أو كانَ فيه شَيءٌ ولكنِ احتِيجَ إليه لمَا هو أَهمُّ مِن ذلك أو كانَ بَيتُ المالِ مُعطَّلًا فإنَّه يَجبُ علىٰ المُسلِمينَ الإنفاقُ عليه، كما لو اضُطرَّ بالِغٌ إلىٰ طَعامٍ فإنَّه يَجبُ بَذلُ ما يَحتاجُ إليه مِن الطَّعامِ، ويَجبُ علىٰ مَن علِمَ به، فإنْ قامَ به بعضُهم سقَطَ الفَرضُ عنِ الباقِينَ، وإنْ ترَكُوا الإنفاقَ عليه أثِمُوا جَميعًا، وهل يَكونُ يَجبُ ذلك عليهم علىٰ وَجهِ الإنفاقِ أو علىٰ وَجهِ القَرضِ؟ **قَولانِ عندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ** أَصحُّهما: يَجبُ عليهم ذلك، ويَكونُ قَرضًا لهم عليه، وسيَأتي بَيانُه[1].

وقد **أجمَعَ العُلماءُ** علىٰ أنَّ نَفقتَه لا تَجبُ علىٰ المُلتقِطِ، **قالَ أبو بَكرِ بنُ المُنذرِ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «أجمَعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أَهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ نَفقةَ اللَّقيطِ غيرُ واجِبةٍ علىٰ المُلتقِطِ كوُجوبِ نَفقةِ وَلدٍ إنْ كانَ له»[2]، وذلك لأنَّ أَسبابَ وُجوبِ النَّفقةِ مِن القَرابةِ والزَّوجيةِ والمِلكِ والوِلايةِ مُنتفِيةٌ،

=

والإكليل» (5/ 45)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534، 535)، و«تحبير المختصر» (5/ 44، 45)، و«الحاوي الكبير» (8/ 37)، و«البيان» (8/ 16)، و«النجم الوهاج» (6/ 58، 59)، و«مغني المحتاج» (3/ 527)، و«الديباج» (2/ 570)، و«المغني» (6/ 37، 38)، و«الإفصاح» (2/ 66)، و«كشاف القناع» (4/ 277)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 344).

(1) المصادر السابقة.

(2) «الإجماع» (572)، و«الإشراف» (6/ 359).

والالتِقاطُ إنما هو تَخليصٌ له مِن الهَلاكِ وتبَرُّعٌ بحِفظِه، فلا يُوجبُ ذلك النَّفقةَ كما لو فعَلَه غيرُ اللَّقيطِ[1].

الرُّجوعُ على اللَّقيطِ بما أنفَقَ عليه:

المُلتقِطُ أو غيرُه إذا أنفَقَ علىٰ اللَّقيطِ فهذا لا يَخلو مِن حالتَينِ:

الأُولى: أنْ يُنفقَ عليه مُتبرِّعًا بالنَّفقةِ:

إذا أنفَقَ المُلتقِطُ أو غيرُه علىٰ اللَّقيطِ مُتبرِّعًا بالنَّفقةِ فلا رُجوعَ عليه **باتِّفاقِ المَذاهبِ الأَربعةِ**.

الحالَةُ الثانِيةُ: أنْ يُنفقَ عليه بنِيةِ الرُّجوعِ:

إذا أنفَقَ المُلتقِطُ أو غيرُه علىٰ اللَّقيطِ بنِيةِ الرُّجوعِ فلا يَخلو مِن أَحدِ أمرينِ:

الأَولُ: أنْ يُنفقَ عليه بإذنِ الحاكِمِ:

إذا أنفَقَ المُلتقِطُ علىٰ اللَّقيطِ بأَمرِ الحاكِمِ لَزِمَ اللَّقيطَ ذلك إذا كانَت النَّفقةُ قَصدًا بالمَعروفِ **عندَ جُمهورِ الفُقهاءِ الحَنفيةِ والشافِعيةِ في الصَّحيحِ والحَنابلةِ في قَولٍ**.

وفي قَولٍ للشافِعيةِ وقَولٍ عندَ الحَنابلةِ: إنْ تعذَّرَ الإنفاقُ عليه مِن بَيتِ المالِ اقترَضَ الحاكِمُ علىٰ بَيتِ المالِ، فإنْ تعذَّرَ علىٰ الحاكِمِ الاقتِراضُ فعلىٰ مَن علِمَ حالَه الإنفاقُ عليه مَجانًا؛ للأَمرِ بالتَّعاونِ علىٰ البِرِّ والتَّقوىٰ

(1) «المغني» (6/ 37)، وباقي المصادر السابقة.



وبالعَدلِ والإحسانِ، ولأنَّه إحياءُ مَعصومٍ وإنقاذٌ له مِن التَّلفِ فوجَبَ كإنقاذِ الغَريقِ، ولا يَرجعُ المُنفقُ بما أنفقَه عليه؛ لأنَّها فَرضُ كِفايةٍ، إذا قامَ بها البعضُ سقَطَت عن الباقِينَ لحُصولِ المَقصودِ، وإنْ ترَكَ الكلُّ أثِموا، ولأنَّها وجَبَت للمُواساةِ فهي كنَفقةِ القَريبِ وقِرى الضَّيفِ[1].

قالَ الحَنفيةُ: فإذا ادَّعى بعدَ بُلوغِه أنَّه أنفَقَ عليه كذا وصدَّقَه اللَّقيطُ في ذلك رجعَ عليه به، وإنْ كذَّبَه فالقَولُ قَولُ اللَّقيطِ، وعلى المُدَّعي البيِّنةُ؛ لأنَّه يَدَّعي لنَفسِه دَينًا في ذِمتِه، وهو ليسَ بأمينٍ في ذلك، وإنما يَكونُ أَمينًا فيما يَنفي به الضَّمانَ عن نَفسِه، فلهذا كانَ عليه إثباتُ ما يدَّعيه بالبَينةِ، وشَهادةُ اللَّقيطِ بعدما أدرَكَ جائِزةٌ إذا كانَ عَدلًا؛ لأنَّه حُرٌّ مُسلِمٌ فيَكونُ مَقبولَ الشَّهادةِ في الأمورِ كلِّها إذا ظهَرَت عَدالتُه[2].

الثاني: أنْ يُنفقَ عليه مُحتسِبًا الرُّجوعَ بغيرِإذنِ الحاكِمِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو أنفَقَ المُلتقِطُ على اللَّقيطِ مُحتسِبًا الرُّجوعَ عليه بغير إذنِ الحاكِمِ، هل يَرجعُ عليه أم لا؟

---

(1) «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 350، 351)، و«التمهيد» (3/ 128، 129)، و«الكافي» (1/ 484)، و«تفسير القرطبي» (9/ 135)، و«التاج والإكليل» (5/ 45)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 131، 123)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534، 535)، و«تحبير المختصر» (5/ 44، 45)، و«الإشراف» (6/ 360)، و«المغني» (6/ 38)، و«كشاف القناع» (4/ 277)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 344).

(2) «المبسوط» (10/ 211).

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ أنَّه لا يَرجعُ علىٰ المُلتقِطِ بشَيءٍ كما لو تبرَّعَ به؛ لأنَّه غيرُ مَجبورٍ علىٰ ما صنَعَ شرعًا، والمُتطوِّعُ مَن يَكونُ مُخيَّرًا غيرَ مُجبَرٍ علىٰ إيجادِ شَيءٍ شَرعًا، ولو أنفَقَ علىٰ وَلدٍ له أبٌ مَعروفٌ بغيرِ إذنِ أَبيه كانَ مُتطوِّعًا في ذلك، فكذلك إذا أنفَقَ علىٰ اللَّقيطِ، وهذا لأنَّه بالالتِقاطِ يَثبتُ له مِن الحَقِّ بقَدرِ ما يَنتفعُ به اللَّقيطُ، وهو الحِفظُ والتَّربيةُ، ولَمْ يَثبتْ له عليه وِلايةُ إلزامِ شَيءٍ في ذِمتِه؛ لأنَّ ذلك لا يَنفعُه، ولأنَّه ليسَ بينَهما سَببٌ مُثبِتٌ للوِلايةِ، ولهذا لا يَرجعُ بالنَّفقةِ عليه، ولأنَّ الغالِبَ مِن أَحوالِ الناسِ أنَّهم بمِثلِ هذا يَتبرَّعونَ، وفي الرُّجوعِ لا يَطمَعونَ، ومُطلَقُ الفِعلِ مَحمولٌ علىٰ ما هو المُعتادُ[1].

إلا أنَّ المالِكيةَ قالوا: يَثبتُ للمُلتقِطِ الرُّجوعُ علىٰ أَبي الطِّفلِ المُلتقَطِ بالنَّفقةِ التي أنفَقَها عليه إنْ كانَ أَبوه طرَحَه عَمدًا بإِقرارٍ أو ببَينةٍ، بشَرطِ أنْ يَثبتَ الإنفاقُ ويَحلِفَ أنَّها كانَت علىٰ وَجهِ السَّلفِ لا علىٰ وَجهِ الهِبةِ، ويُشترطُ أنْ يَكونَ الأَبُ مُوسِرًا حينَ الإنفاقِ، ويَرجعُ عليه حينَئذٍ بنَفقةِ المِثلِ، أما لو تاهَ منه أو هرَبَ أو نحوُ ذلك فأنفَقَ عليه شَخصٌ نَفقةً فإنَّه

(1) «المبسوط» (10/ 210، 211)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 350، 351)، و«المهيد» (3/ 128، 129)، و«الكافي» (1/ 484)، و«تفسير القرطبي» (9/ 135)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 278)، رقم (1119)، و«جامع الأمهات» ص(460)، و«التاج والإكليل» (5/ 45)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 131، 123)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534، 535)، و«تحبير المختصر» (5/ 44، 45)، و«الإشراف» (6/ 360).

لا رُجوعَ له علىٰ أَبيه ولو مُوسِرًا؛ لأنَّ النَّفقةَ حينَئذٍ علىٰ وَجهِ الهِبةِ، وإذا تَنازَعا في قَدرِ النَّفقةِ فلا بدَّ مِن الإثباتِ، وإلا فالقَولُ قَولُ أَبيه بيَمينٍ؛ لأنَّه غارِمٌ، واعتمَدَ الباتُّ علىٰ ظنٍّ قَويٍّ ولو اختلَفا في طَرحِه عَمدًا، فادَّعىٰ المُلتقِطُ أنَّ أَباه طرَحَه عَمدًا وأنكَرَ ذلك الأَبُ، فالظاهِرُ أنَّ القَولَ للأَبِ؛ لمَا جُبلَ عليه مِن الشَّفقةِ، وكذلك لو اختلَفا في يُسرِ الأَبِ وَقتَ الإنفاقِ عليه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: إنْ أنفَقَ عليه بنِيةِ الرُّجوعِ بغيرِ أَمرِ الحاكِمِ تُؤدَّىٰ إليه نَفقتُه مِن بَيتِ مالِ المُسلِمينَ؛ لأنَّه أدَّىٰ ما وجَبَ علىٰ غيرِه، فكانَ له الرُّجوعُ علىٰ مَن كانَ الوُجوبُ عليه، كالضامِنِ إذا قَضىٰ عن المَضمونِ عنه[2].



---

(1) «التمهيد» (3/ 128، 129)، و«الكافي» (1/ 484)، و«تفسير القرطبي» (9/ 135)، و«التاج والإكليل» (5/ 45)، و«شرح مختصر خليل» (7/ 131، 123)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 534، 535)، و«تحبير المختصر» (5/ 44، 45).

(2) «المغني» (6/ 38)، و«الإنصاف» (6/ 433، 434)، و«كشاف القناع» (4/ 277)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 244).

دَعوى نَسبِ اللَّقيطِ:

اللَّقيطُ إذا ادُّعِيَ نَسبُه فهذا له أَحوالٌ عِدةٌ:

الحالَةُ الأُولى: أنْ يَدَّعيَه رَجلٌ (المُلتقِطُ أو غيرُه):

اللَّقيطُ إذا ادَّعاه رَجلٌ سَواءٌ كانَ المُلتقِطُ أو غيرُه فهو لا يَخلو مِن صُورتَينِ:

الصُّورةُ الأُولى: أنْ يَدَّعيَه مُسلِمٌ، سَواءٌ كانَ المُلتقِطُ أو غيرُه:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ علىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا ادَّعاه رَجلٌ سَواءٌ كانَ المُلتقِطُ أو غيرُه وأتىٰ ببَينةٍ عليه فإنَّه يَلحقُ به.

وكذا عندَ جُمهورِ الفُقهاءِ الحَنفيةِ والمالِكيةِ في قَولٍ -وهو قَولُ أَشهبَ- والشافِعيةِ والحَنابلةِ أنَّ اللَّقيطَ إذا ادَّعاه رَجلٌ مُسلِمٌ حُرٌّ لَحقَ نَسبُه به إذا أمكَنَ أنْ يَكونَ منه؛ لأنَّ الإِقرارَ مَحضُ نَفعٍ للطِّفلِ لاتِّصالِ نَسبِه، ولا مَضرَّةَ علىٰ غيرِه فيه فقُبلَ كما لو أقَرَّ له بمالٍ، ولمَا فيه مِن نَفعِ الصَّغيرِ؛ لأنَّ الناسَ يَتشرَّفونَ بالأَنسابِ ويُعيَّرونَ بعَدمِها، ثم إنْ كانَ المُقرُّ به مُلتقطَه أُقرَّ في يَدِه، وإنْ كانَ غيرَه فله أنْ يَنتزعَه مِن المُلتقِطِ؛ لأنَّه قد ثبَتَ أنَّه أَبوه فيَكونُ أَحقَّ بوَلدِه كما لو قامَت به بَينةٌ[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 198)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 181)، و«الاختيار» (3/ 35)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مختصر الوقاية» (2/ 250)، و«البيان» (8/ 24)، و«روضة الطالبين» (4/ 242)، و«مغني المحتاج» (3/ 538)، و«الديباج» (2/ 578)، و«تحفة المحتاج» (666، 667، 683)، و«المغني» (6/ 43)، و«كشاف القناع» (4/ 286)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 322، 323).

وقد نصَّ المالِكيةُ في المَذهبِ عندَهم وهو قَولُ مالِكٍ وابنُ القاسِمِ إلىٰ أنَّه لا يَلحقُه إلا ببَينةٍ أو بوَجهٍ مِثلِ ألَّا يَعيشَ له وَلدٌ فيَقولُ: «طرَحْتُه لذلك»، ويُعلمُ ذلك مِن قَولِه فيَلحقُه، أما بغيرِ هذين فلا يَلحقُه.

جاءَ في «المُدوّنة الكُبرى» في الرَّجلِ يَدَّعي المَلقوطُ أنَّه ابنُه:

قلْتُ: أرأَيْتَ إنِ التقَطَت لَقيطًا فجاءَ رَجلٌ فادَّعىٰ أنَّه وَلدُه، أيُصدقُ أم لا؟ قالَ: بَلغَني عن مالِكٍ أنَّه قالَ: لا يُصدَّقُ إلا أنْ يَكونَ لذلك وَجهٌ، مِثلُ أنْ يَكونَ رَجلًا لا يَعيشُ له وَلدٌ فيَسمعُ قَولَ الناسِ أنَّه إذا طُرِحَ عاشَ فيَطرحُ وَلدَه فالتُقطَ ثُم جاءَ يَدَّعيه فإنْ جاءَ مِن مِثلِ هذا ما يُعلِمُ أنَّ الرَّجلَ كانَ لا يَعيشُ له وَلدٌ وقد سمِعَ منه ما يُستدلُّ به علىٰ صِدقِ قَولِه أُلحقَ به اللَّقيطُ، وإلا لَمْ يَلحقْ به اللَّقيطُ، ولَمْ يُصدقْ مُدَّعي اللَّقيطِ إلا ببَينةٍ أو بوَجهِ ما ذكَرْتُ لك أو ما أشبَهَه.

قالَ سحنُونٌ: وقالَ غيرُه: إذا عُلمَ أنَّه لَقيطٌ لَمْ تَثبتْ فيه دَعوىٰ لأَحدٍ إلا ببَينةٍ تَشهدُ.

قلْتُ لابنِ قاسِمٍ: أرأَيْتَ الذي هو في يَدِه إنْ أقَرَّ أو جحَدَ، أيَنفعُ إقرارُه أو جُحودُه؟ قالَ: لَمْ أَسمعْ فيه شَيئًا، وأَراه شاهِدًا، وشَهادةُ واحدٍ في الأَنسابِ لا تَجوزُ، وهي غيرُ تامَّةٍ عندَ مالِكٍ، ولا يَمينَ معَ الشاهِدِ الواحِدِ في الأَنسابِ.

قلْتُ: أرأَيْتَ الذي التَقطَه لو ادَّعاه هو لنَفسِه، أيَثبتُ نَسبُه منه؟ قالَ: لَمْ

أَسمعْ مِن مالِكٍ فيه شَيئًا، إلا أنَّه هو وغيرُه فيه سَواءٌ، لا يَثبتُ نَسبُ الوَلدِ منه بقَولِه إذا عُرفَ أنَّه التقَطَه[1].

الصُّورةُ الثانيةُ: أنْ يَدعيَه كافِرٌ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأَربعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ اللَّقيطَ إذا ادَّعاه ذِميٌّ أُلحقَ به؛ لأنَّه أقَرَّ بنَسبٍ مَجهولِ النَّسبِ يُمكنُ أنْ يَكونَ منه، وليسَ في إقرارِه إضرارٌ بغيرِه، فيَثبتُ إقرارُه كالمُسلمِ، ولأنَّه كالمُسلمِ في الجِهاتِ التي يَثبتُ منها النَّسبُ مِن الوَطءِ بالنِّكاحِ في المِلكِ والشُّبهةِ، فكانَ كالمُسلمِ في لُحوقِ النَّسبِ به.

إلا أنَّ المالِكيةَ قالوا: لا يَثبتُ هذا إلا ببَينةٍ، كما لو ادَّعاه مُسلِمٌ كما في المَسألةِ السابِقةِ[2].

إلا أنَّهم اختلَفُوا، هل يَلحقُه في الدِّينِ أم في النَّسبِ فقط؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه يَلحقُه في النَّسبِ فقط لا في الدِّينِ، ولا حَقَّ له في حَضانتِه؛ لأنَّ اللَّقيطَ حُكمَ بإسلامِه فلا يُقبلُ قَولُ الذِّميِّ في كُفرِه، كما لو كانَ مَعروفَ النَّسبِ،

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (8/ 335، 336)، و«التاج والإكليل» (5/ 47، 48)، و«شرح مختصر خليل» (132، 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536، 537)، و«تحبير المختصر» (5/ 46).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (8/ 335، 336)، و«التاج والإكليل» (5/ 47، 48)، و«شرح مختصر خليل» (132، 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536، 537)، و«تحبير المختصر» (5/ 46).



ولأنَّها دَعوىٰ تُخالفُ الظاهِرَ فلمْ تُقبلْ بمُجرَّدِها كدَعوىٰ الرِّقِّ، أما بمُجرَّدِ النَّسبِ بدُونِ اتِّباعِه في الدِّينِ فمَصلحةٌ عاريةٌ عن الضَّررِ، فقُبِلَ قَولُه فيه، ولا يَجوزُ قَبولُه فيما هو أَعظمُ الضَّررِ والخِزي في الدُّنيا والآخِرةِ، ولأنَّ الإسلامَ ثبَتَ بالدارِ وإبطالُه إضرارٌ به، وليسَ مِن ضَرورةِ كَونِ الأَبِ كافِرًا كُفرُ الوَلدِ لاحتِمالِ إسلامِ الأمِّ، **قالَ الحَنفيةُ**: إلا أنْ يَلتقطَه مِن بَيعةٍ أو كَنيسةٍ أو قَريةٍ مِن قُراهم فيَكونُ ذِميًّا[1].

وقالَ الشافِعيةُ في قَولٍ: يَتبعُه في دِينِه؛ لأنَّ كلَّ ما لحِقَ به نَسبُه لحِقَ به في دينِه كالبَينةِ، إلا أنْ يُحالَ بَينَه وبَينَه، وهذا إذا ادَّعاه ولَمْ يُثبتْ نَسبَه ببَينةٍ، فإنْ أثبَتَ نَسبَه ببَينةٍ لحِقَه في الكُفرِ[2].

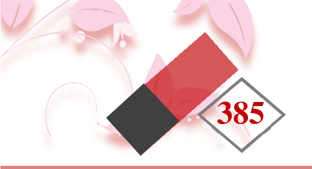
وقالَ المالِكيةُ: يَتبعُه علىٰ دينِه إلا أنْ يُسلمَ علىٰ ذلك ويَعقلَ الإسلامَ فيَكونُ مُسلمًا[3].

---

(1) «الاختيار» (3/ 35، 36)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مختصر الوقاية» (2/ 250)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 277، 278)، رقم (1118)، و«التاج والإكليل» (5/ 47، 48)، و«شرح مختصر خليل» (132، 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 536، 537)، و«تحبير المختصر» (5/ 46)، و«البيان» (8/ 24، 26)، و«روضة الطالبين» (4/ 242)، و«مغني المحتاج» (3/ 530، 531، 538)، و«الديباج» (2/ 578)، و«تحفة المحتاج» (666، 667، 683)، و«المغني» (6/ 43)، و«كشاف القناع» (4/ 286)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 322، 323)..

(2) «البيان» (8/ 24، 26)، و«روضة الطالبين» (4/ 242)، و«مغني المحتاج» (3/ 530، 531، 538)، و«الديباج» (2/ 578)، و«تحفة المحتاج» (666، 667، 683).

(3) «الذخيرة» (9/ 135)، و«تحبير المختصر» (5/ 46).



الحالةُ الثانيةُ: أنْ يدَّعيه اثنانِ فأكثرُ:

إذا ادَّعىٰ المُلتقَطَ اثنانِ فهذا لا يَخلو مِن صُورتَين:

الصُّورةُ الأُولى: أنْ يدَّعيه مُسلِمانِ:

إذا ادَّعىٰ اللَّقيطِ اثنانِ مِن المُسلِمينَ وكانَ معَ أحدِهما بَينةٌ فهو لصاحِبِ البَينةِ **باتِّفاقِ المَذاهبِ الأَربعةِ.**

إلا أنَّهم اختلَفوا فيما لو لَمْ يَكنْ معَهما بَينةٌ أو كانَ معَهما بَينتانِ وتعارَضَتا، هل يُلحقُ بها أم يُعرضُ علىٰ القافَةِ؟

قالَ الحَنفيةُ: إنِ ادَّعاه اثنانِ ووصَفَ أحدُهما عَلامةً في جَسدِه فهو أَولىٰ به؛ لأنَّ العَلامةَ تَدلُّ علىٰ سَبقِ اليَدِ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ الإِنسانِ يَعرفُ عَلامةَ وَلدِه.

وإنْ لَمْ يَصفْ أَحدُهما عَلامةً فهو ابنُهما لاستِوائِهما في النَّسبِ، وإنْ سبَقَت دَعوةُ أَحدِهما فهو ابنُه؛ لأنَّه ثبَتَ حَقُّه في زَمانٍ لا مُنازِعَ له فيه إلا إذا أقامَ الآخرُ البَينةَ؛ لأنَّ البَينةَ أَقوىٰ.

وإنْ أَقاما جَميعًا البَينةَ قُضيَ به لهما، ولو كانَ المُدَّعِي أَكثرُ مِن اثنَينِ فعن أَبي حَنيفةَ أنَّه جوَّزَه إلىٰ خَمسةٍ.

وقالَ أَبو يُوسفَ: يَثبتُ مِن اثنَينِ ولا يَثبتُ مِن أَكثرَ مِن ذلك، وعندَ مُحمَّدٍ يَثبتُ مِن ثَلاثةٍ ولا يَثبتُ مِن أَكثرَ مِن ذلك[1].

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 199، 200)، و«الهداية» (2/ 173)، و«الاختيار» (3/ 35)، =





وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ اللَّقيطَ إنِ ادَّعاه اثنانِ وكانَ معَ أَحدِهما بَينةٌ فإنَّه يُحكمُ به لصاحِبِ البَينةِ؛ لأنَّ البَينةَ أَقوىٰ مِن الدَّعوىٰ.

وإنْ لم يَكنْ لأَحدِهما بَينةٌ أو كانَت لهما بَينةٌ وتعارَضَتا فإنَّهما تَسقطانِ، ويَكونُ كما لو لمْ يَكنْ هناك بَينةٌ ويُعرضُ علىٰ القافَةِ -وهم قَومٌ يَعرفونَ الأَنسابَ بالشَّبهِ، ولا يَختصُّ ذلك بقَبيلةٍ مُعيَّنةٍ، بل مَن عُرفَت منه مَعرفةُ ذلك وتكرَّرَت منه الإصابةُ فهو قائِفٌ- فإنْ ألحَقَته بأَحدِهما أُلحقَ به، وإنْ ألحَقَته بهما لحِقَ بهما عندَ الحَنابِلةِ، وقالَ الشافِعيةُ: يُنتظرُ بُلوغُ اللَّقيطِ، وأُمرَ بالانتِسابِ بعدَ بُلوغِه إلىٰ مَن يَميلُ طَبعُه الجِبليُّ إليه منهما.

وإنْ ذكَرَ أَحدُهما عَلامةً في اللَّقيطِ ولمْ يَذكرِ الآخرُ لمْ يُقدمِ الواصِفُ له بذلك عندَ الشافِعيةِ، وتُقدمُ عندَ الحَنابِلةِ والحَنفيةِ، كما تقدَّمَ وستَأتي مُفصَّلةً في المَسألةِ التي تَليها.

قالَ الشافِعيةُ: لو استَلحقَ اللَّقيطَ اثنانِ أَهلانِ للالتِقاطِ، بأنِ ادَّعىٰ كلٌّ منهما نَسبَه منه، فإنْ لمْ يَكنْ لواحِدٍ منهما بَينةٌ أو كانَ لكلٍّ منهما بَينةٌ وتعارَضَتا عُرضَ اللَّقيطُ معَ المُدعيَينِ علىٰ القائِفِ، فيَلحقُ مَن ألحَقَه به؛ لأنَّ في إِلحاقِه أَثرًا في الانتِسابِ عندَ الاشتِباه، فإنْ كانَ لأَحدِهما بَينةٌ قُضيَ بها، فإنَّها تُقدمُ علىٰ إِلحاقِ القائِفِ.

= و«العناية» (8/ 189)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مجمع الأنهر في شرح ملتقىٰ الأبحر» (2/ 522).

فإنْ لَمْ يَكنْ قائِفٌ أو كانَ ولكنْ تَحيَّرَ أو نَفاه عنهما أو ألْحَقَه بهما انتُظِرَ بُلوغُه، وأُمرَ بالانتِسابِ بعدَ بُلوغِه إلىٰ مَن يَميلُ طَبعُه الجِبلِّيُّ إليه منهما، فلا يَكفي فيه مُجرَّدُ التَّشهي، فمَن انتسَبَ إليه منهما لحِقَ به؛ لمَا رَوىٰ البَيهقيُّ بسَندٍ صَحيحٍ «أنَّ رَجلَينِ ادَّعيا رَجلًا لا يَدرىٰ أيّهما أَبوه، فقالَ عُمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: اتَّبعْ أيَّهما شئْتَ»، ولأنَّ طَبعَ الوَلدِ يَميلُ إلىٰ والِدِه ويَجدُ به ما لا يَجدُه بغيرِه فلا يَكفي انتِسابُه وهو صَبيٌّ -ولو مُميِّزًا-، ويُنفقانِ عليه مدَّة الانتِظارِ، والقَرارُ علىٰ مَن لحِقَه النَّسبُ، لكن إنما يَرجعُ الآخَرُ إذا أنفَقَ بإذنِ الحاكِمِ.

وإذا انتسَبَ إلىٰ أَحدِهما وألحَقَه القائِفُ بالآخَرِ قُدمَ القائِفَ؛ لأنَّه حُجةٌ أو حُكمٌ، أو ألحَقَه القائِفُ بأَحدِهما وأقامَ الآخرُ بَينةً قُدمَت؛ لأنَّها حُجةٌ في كلِّ خُصومةٍ، ولو كانا وَلديْنِ فانتسَبَ كلُّ واحدٍ منهما لواحدٍ دامَ الإشكالُ، فإنْ رجَعَ أَحدُهما إلىٰ الآخرِ قُبلَ قَولُه بعدَ بُلوغِه.

ولو أقاما علىٰ نَسبِه بَينتَينِ مُتعارِضتينِ سقَطَتا في الأَظهرِ، وعُرضَ علىٰ القائِفِ كما مرَّ؛ إذ لا يُمكنُ العَملُ بالبَينتينِ؛ لاستِحالةِ كَونِ الوَلدِ منهما، ولا يُرجحُ بَينةً بيَدٍ؛ لأنَّ اليَدَ إنما تَدلُّ علىٰ المِلكِ لا علىٰ النَّسبِ.

والثاني: لا يَسقطانِ، وتُرجحُ إِحداهما بقَولِ القائِفِ[1].

(1) «البيان» (8/ 27، 31)، و«روضة الطالبين» (4/ 243، 245)، و«النجم الوهاج» (6/ 83، 85)، و«مغني المحتاج» (3/ 539، 540)، و«تحفة المحتاج» (7/ 685، 688)، و«الديباج» (2/ 579، 580).



قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا ادَّعاه اثنانِ فكانَ لأحدِهما به بَينةٌ فهو ابنُه، وإنْ أقاما بَينتَينِ تعارَضَتا وسقَطَتا، ولا يُمكنُ استِعمالُهما ها هنا.

وإذا لمْ تَكنْ به بَينةٌ أو تعارَضَت به بَينتانِ وسقَطَتا فإنَّا نُريه القافَةَ معهما أو معَ عَصبتِهما عند فَقدِهما، فنُلحِقُه بمَن ألحَقَتْه به منهما، وهذا قَولُ أنسٍ وعَطاءٍ ويَزيدَ بنِ عبدِ المَلكِ والأوزاعيِّ والليثِ والشافِعيِّ وأبي ثَورٍ.

وقالَ أصحابُ الرَّأيِ: لا حُكمَ للقافَةِ، ويُلحقُ بالمُدَّعيَينِ جَميعًا؛ لأنَّ الحُكمَ بالقافَةِ تَعويلٌ علىٰ مُجرَّدِ الشَّبهِ والظَّنِّ والتَّخمينِ، فإنَّ الشَّبهَ يُوجدُ بينَ الأجانبِ ويُنفىٰ بينَ الأقاربِ، ولهذا رُويَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّ رَجلًا أتاه فقالَ: يا رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنَّ امرأتي ولَدَتْ غُلامًا أسودَ! فقالَ: «**هل لك مِن إبلٍ؟**» قالَ: نَعم. قالَ: «**فما ألوانُها؟**» قالَ: حُمرٌ. قالَ: «**فهل فيها مِن أورَقَ؟**» قالَ: نعم. قالَ: «**أنَّىٰ أتاها ذلك؟**» قالَ: لعلَّ عِرقًا نزَعَ. قالَ: «**وهذا لعلَّ عِرقًا نزَعَ**» مُتفَقٌ عليه.

قالوا: ولو كانَ الشَّبهُ كافيًا لاكتُفيَ به في وَلدِ المُلاعنةِ، وفيما إذا أقَرَّ أحدُ الوَرثةِ بأخٍ فأنكرَه الباقونَ.

ولنا: ما رُويَ عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخَلَ عليها يَومًا مَسرورًا تَبرقُ أساريرُ وَجهُه، فقالَ: «**ألمْ تَريْ أنَّ مُحرزًا المُدلِجيَّ نظَرَ آنفًا إلىٰ زَيدٍ وأُسامةَ وقد غطَّيا رُؤوسَهما وبدَت أقدامُهما**»، فقالَ: «**إنَّ هذه الأقدامَ بعضُها مِن بعضٍ**» مُتفَقٌ عليه، فلولا جَوازُ الاعتِمادِ علىٰ القافَةِ لمَا سُرَّ به النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا اعتمَدَ عليه، ولأنَّ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَضىٰ به

بحَضرةِ الصَّحابةِ فلَمْ يُنكِرْه مُنكِرٌ فكانَ إجماعًا، ويَدلُّ علىٰ ذلك قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في وَلدِ المُلاعنةِ «أنظِروها، فإنْ جاءَت به أحمشَ الساقَينِ كأنَّه وَحرةٌ فلا أُراه إلا قد كذَبَ عليها، وإنْ جاءَت به أكحلَ جَعدًا جَماليًّا سابغَ الأَليتينِ خَدلَّجَ الساقَينِ فهو للذي رُميَت به، فأتَت به علىٰ النَّعتِ المَكروهِ، فقالَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لولا الأيمانُ لكانَ لي ولها شَأنٌ**» فقد حكَمَ به النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي أشبهَه منهما، وقَولُه: «**لولا الأيمانُ لكانَ لي ولها شَأنٌ**» يَدلُّ علىٰ أنَّه لَمْ يَمنعْه مِن العَملِ بالشَّبهِ إلا الأيمانُ، فإذا انتَفىٰ المانِعُ يَجبُ العَملُ به لوُجودِ مُقتضِيه.

وكذلك قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ابنِ أَمةِ زَمعةَ حينَ رَأىٰ به شَبهًا بَيِّنًا بعُتبةَ بنِ أَبي وَقاصٍ: «**احتَجِبي منه يا سَودةُ**» فعمِلَ بالشَّبهِ في حَجبِ سَودةَ عنه.

فإنْ قيلَ: فالحَديثانِ حُجةٌ عليكم؛ إذ لَمْ يَحكمِ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشَّبهِ فيهما، بل أُلحقَ الوَلدُ بزَمعةَ وقالَ لعَبدِ بنِ زَمعةَ: «**هو لك يا عَبدُ بنَ زَمعةَ، الوَلدُ للفِراشِ وللعاهِرِ الحَجرُ**»، ولَمْ يَعملْ بشَبهِ وَلدِ المُلاعنةِ في إقامةِ الحَدِّ عليها لشَبهِه بالمَقذوفِ.

قُلْنا: إنما لَمْ يَعملْ به في ابنِ أَمةِ زَمعةَ لأنَّ الفِراشَ أَقوىٰ، وتَركُ العَملِ بالبَينةِ لمُعارَضةِ ما هو أَقوىٰ منه لا يُوجبُ الإعراضَ عنه إذا خلَت عن المُعارضِ، وكذلك تَركُ إقامةِ الحَدِّ عليها مِن أجلِ أيمانِها بدَليلِ قَولِه: «**لولا الأيمانُ لكانَ لي ولها شَأنٌ**» علىٰ أنَّ ضَعفَ الشَّبهِ عن إقامةِ الحَدِّ لا

يُوجبُ ضَعفَه عن إلحاقِ النَّسبِ، فإنَّ الحَدَّ في الزِّنا لا يَثبتُ إلا بأَقوىٰ البَيناتِ وأَكثرِها عَددًا وأَقوىٰ الإقرارِ، حتىٰ يُعتبَرُ فيه تَكرارُه أَربعَ مَراتٍ ويُدرأُ بالشُّبهاتِ، والنَّسبُ يَثبتُ بشَهادةِ امرَأةٍ واحدَةٍ علىٰ الوِلادةِ، ويَثبتُ بمُجردِ الدَّعوىٰ، ويَثبتُ معَ ظُهورِ انتِفائِه حتىٰ لو أنَّ امرَأةً أتَت بوَلدٍ وزَوجُها غائِبٌ عنها منذُ عِشرينَ سَنةً لحِقَه وَلدُها، فكيفَ يُحتجُّ علىٰ نَفيه بعَدمِ إقامةِ الحَدِّ؟ ولأنَّه حُكمٌ بظَنٍّ غالِبٍ ورَأيٍ راجِحٍ مِمَّن هو مِن أَهلِ الخِبرةِ فجازَ كقَولِ المُقوِّمينَ، وقَولُهم إنَّ الشَّبهَ يَجوزُ وُجودُه وعَدمُه، قُلْنا: الظاهِرُ وُجودُه، ولهذا قالَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حينَ قالَت أمُّ سَلمةَ: أوتَرىٰ ذلك المَرأةُ؟ قالَ: «**فمِن أَينَ يَكونُ الشَّبهُ؟**».

والحَديثُ الذي احتجُّوا به حُجةٌ عليهم؛ لأنَّ إنكارَ الرَّجلِ وَلدَه لمُخالفةِ لَونِه وعَزمَه علىٰ نَفيه لذلك يَدلُّ علىٰ أنَّ العادَةَ خِلافُه، وأنَّ في طِباعِ الناسِ إنكارَه، وأنَّ ذلك إنما يُوجدُ نادِرًا، وإنما ألحَقَه النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به لوُجودِ الفِراشِ، وتَجوزُ مُخالفةُ الظاهِرِ لدَليلٍ، ولا يَجوزُ تَركُه مِن غيرِ ذلك، ولأنَّ ضَعفَ الشَّبهِ عن نَفيِ النَّسبِ لا يَلزمُ منه ضَعفُه عن إثباتِه، فإنَّ النَّسبَ يُحتاطُ لإثباتِه ويَثبتُ بأَدنىٰ دَليلٍ، ويَلزمُ مِن ذلك التَّشديدُ في نَفيه، وأنَّه لا يَنتفي إلا بأَقوىٰ الأدلةِ، كما أنَّ الحَدَّ لمَّا انتَفىٰ بالشَّبهِ لمْ يَثبتْ إلا بأَقوىٰ دَليلٍ، فلا يَلزمُ حينَئذٍ مِن المَنعِ مِن نَفيه بالشَّبهِ في الخبَرِ المَذكورِ ألَّا يَثبتَ به النَّسبُ في مَسألتِنا.

فإنْ قيلَ: فهاهنا إذا علِمْتُم بالقيافَةِ فقد نَفيْتُم النَّسبَ عمَّن لمْ تَلحقْه القافَةُ به.

قُلْنا: إنما انتفَىٰ النَّسبُ ها هنا لعَدمِ دَليلِه؛ لأنَّه لَمْ يُوجدْ إلا مُجرَّدُ الدَّعوىٰ، وقد عارَضَها مِثلُها فسقَطَ حُكمُها، وكانَ الشَّبهُ مُرجِّحًا لأَحدِهما فانتَفَت دِلالةٌ أُخرىٰ، فلزِمَ انتِفاءُ النَّسبِ لانتِفاءِ دَليلِه، وتَقديمُ اللِّعانِ لا يَمنعُ العَملَ به عند عَدمِه، كاليَدِ تُقدمُ عليها البَينةُ ويُعملُ بها...

وإذا ادَّعاه اثنانِ فألحَقَتْه القافَةُ بهما لحِقَ بهما، وكانَ ابْنهما يَرثُهما مِيراثَ ابنٍ ويَرثانِه جَميعًا مِيراثَ أَبٍ واحدٍ، وهذا يُروىٰ عن عُمرَ وعَليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا وهو قَولُ أَبي ثَورٍ.

وقالَ أَصحابُ الرَّأيِ: يُلحقُ بهما بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ.

وقالَ الشافِعيُّ: لا يُلحقُ بأكثَرَ مِن واحدٍ، فإذا ألحَقتْه بهما سقطَ قولُهما ولَمْ يُحكمْ لهما، واحتجَّ بِروايةٍ عن عُمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنَّ القافَةَ قالَت: قد اشترَكا فيه فقالَ عُمرُ: «والِ أيَّهما شئْتَ»، ولأنَّه لا يُتصوَّرُ كَونُه مِن رَجلينِ، فإذا ألحَقتْه القافَةُ بهما تَبيَّنَّا كَذبَهما فسقَطَ قَولُهما، كما لو ألحَقتْه بأُمَّينِ، ولأنَّ المُدَّعيَينِ لو اتفَقا علىٰ ذلك لَمْ يَثبتْ، ولو ادَّعاه كلُّ واحدٍ منهما وأقامَ بَينةً سقطَتا، ولو جازَ أنْ يُلحقَ بهما لثبَتَ باتِّفاقِهما وأُلحقَ بهما عندَ تَعارُضِ بَيِّنتَيهما.

ولنا: ما رَوىٰ سَعيدٌ في سُننِه ثنا سُفيانُ عن يَحيىٰ عن سَعيدٍ عن سُليمانَ ابنِ يَسارٍ عن عُمرَ في امرأةٍ وطِئَها رَجلانِ في طُهرٍ، فقالَ القائِفُ: قد اشترَكا فيه جَميعًا. فجعَلَه بينَهما، وبإسنادِه عن الشَّعبيِّ قالَ: وعليٌّ يَقولُ هو ابنُهما وهما أَبواه يَرثُهما ويَرثانِه، ورواه الزُّبيرُ بنُ بَكارٍ بإسنادِه



عن عُمرَ، وقالَ الإمامُ أحمدُ: حَديثُ قَتادةَ عن سَعيدٍ عن عُمرَ جعَلَه بينَهما، وقابُوسُ عن أَبيه عن عَليٍّ جعَلَه بينَهما، ورَوىٰ الأَثرمُ بإسنادِه عن سَعيدِ بنِ المُسيَّبِ في رَجلَينِ اشتَرَكا في طُهرِ امرَأةٍ فحمَلَت فولَدَت غُلامًا يُشبهُهما، فرُفِعَ ذلك إلىٰ عُمرَ بنِ الخَطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فدعا القافَةَ فنظَرُوا فقالُوا: نَراه يُشبهُهما، فألحَقَه بهما وجعَلَه يَرثُهما ويَرثانِه، قالَ سَعيدٌ: عصبَتُه الباقِي منهما، وما ذكَرُوه عن عُمرَ لا نَعلمُ صِحتَه، وإنْ صَحَّ فيُحتملُ أنَّه ترَكَ قَولَ القافَةِ لأَمرٍ آخرَ، إما لعَدمِ ثِقتِهما، وإما لأنَّه ظهَرَ له مِن قَولِهما واختِلافِه ما يُوجبُ ترَكَه، فلا يَنحصرُ المانِعُ مِن قَبولِ قَولِهما في أنَّهما اشتَرَكا فيه.

قالَ أَحمدُ: إذا أَلحَقَتْه القافَةُ بهما ورِثَهما وورِثاه، فإنْ ماتَ أَحدُهما فهو للباقِي منهما ونَسبُه مِن الأَولِ قائِمٌ لا يُزيلُه شَيءٌ.

ومَعنىٰ قَولِه: «هو للباقِي منهما» -واللهُ أعلمُ- أنَّه يَرثُه ميراثَ أبٍ كامِلٍ كما أنَّ الجَدةَ إذا انفرَدَت أخَذَت ما يَأخذُه الجَداتُ، والزَّوجةُ تَأخذُ وحدَها ما يَأخذُه جَميعُ الزَّوجاتِ[1].

وأما المالِكيةُ: فكما تقدَّمَ عنهم أنَّه لا يُدفعُ إليه إلا ببَينةٍ لا بالدَّعوىٰ.

---

(1) «المغني» (6/ 45، 49)، **ويُنظَر:** «الطرق الحكمية» ص(312)، و«المبدع» (5/ 306، 309)، و«الإنصاف» (6/ 445)، و«كشاف القناع» (4/ 287، 2880)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 323، 324)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 264).

إذا أَتى أَحدُ المُدَّعيَينِ بعَلامةٍ ولمْ يَأتِ الآخرُ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو أَتىٰ أَحدُ المُدَّعيَينِ بعَلامةٍ ولَمْ يَأتِ الآخرُ، هل يُلحقُ نَسبُه به أم لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّه يُلحقُ به.

قالَ الإمامُ الكاسانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنْ كانا مُسلِمينِ حُرَّينِ فإنْ وصَفَ أَحدُهما عَلامةً في جَسدِه فالواصِفُ أَولىٰ به عندَنا.

وعندَ الشافِعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَرجعُ إلىٰ القائِفِ فيُؤخذُ بقَولِه.

والصَّحيحُ قَولُنا؛ لأنَّ الدَّعوتَينِ متىٰ تَعارضَتا يَجبُ العَملُ بالرَّاجحِ منهما، وقد ترجَّحَ أَحدُهما بالعَلامةِ؛ لأنَّه إذا رضِيَ العَلامةَ ولَمْ يَصفِ الآخرُ دلَّ علىٰ أنَّ يَدَه عليه سابِقةٌ، فلا بدَّ لزَوالِها مِن دَليلٍ، والدَّليلُ علىٰ جَوازِ العَملِ بالعَلامةِ قَولُه تعالَىٰ عزَّ شَأنُه خَبرًا عن أَهلِ تلك المَرأةِ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ٢٨﴾ [يُوسُف: 26، 28]، حَكىٰ اللهُ تعالَىٰ عن الحُكمِ بالعَلامةِ عن الأُممِ السالِفةِ في كِتابِه العَزيزِ ولَمْ يُغيِّرْ عليهم، والحَكيمُ إذا حَكىٰ عن مُنكرٍ غيَّرَه، فصارَ الحُكمُ بالعَلامةِ شَريعةً لنا مُبتدأةً، وكذا عندَ اختِلافِ الزَّوجينِ في مَتاعِ البَيتِ يُميِّزُ ذلك بالعَلامةِ، كذا ههنا[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 199)، و«الهداية» (2/ 173)، و«الاختيار» (3/ 35)، و«العناية» (8/ 189)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182)، و«اللباب» (1/ 658)، و«مجمع الأنهر في شرح ملتقىٰ الأبحر» (2/ 522).



وقالَ الإمامُ ابنُ القَيِم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللَّقيطُ لو ادَّعاه اثنانِ ووصَفَ أحدُهما عَلامةً مَستورةً في جَسدِه قُدمَ في ذلك وحُكمَ له، وهذا مَذهبُ أحمدَ وأبي حَنيفةَ.

وقالَ الشافِعيُّ: لا يُحكمُ بذلك، كما لو ادَّعيا عَينًا سِواه ووصَفَ أحدُهما فيه عَلاماتٍ خَفيةً.

والمُرجِّحونَ له بذلك فرَّقوا بينَهما بأنَّ ذلك نَوعُ التِقاطٍ فقُدمَ بالصِّفةِ كلُقطةِ المالِ، وقد دلَّ عليها النَّصُّ الصَّحيحُ الصَّريحُ، وقِياسُ اللَّقيطِ علىٰ لُقطةِ المالِ أَولىٰ مِن قِياسِه علىٰ دَعوىٰ غيرِه مِن الأَعيانِ، علىٰ أنَّ في دَعوىٰ العَينِ إذا وصَفَها أَحدُهما بما يَدلُّ ظاهِرًا علىٰ صِدقِه نَظَرًا، وقياسُ المَذهبِ في مَسألةِ تَداعي الزَّوجينِ تَرجيحُ الواصِفِ إذًا.

وقد جَرىٰ لنا نَظيرُ هذه المَسألةِ سَواءٌ، وهو أنَّ رَجلَينِ تَداعَيا صرَّةً فيها دَراهمُ فسأَلَ وَليُّ الأَمرِ أَحدَهما عن صِفتِها فوصَفَها بصِفاتٍ خَفيَّةٍ فسأَلَ الآخرَ فوصَفَها بصِفاتٍ أُخرىٰ، فلمَّا اعتُبِرَت طابَقَت صِفاتِ الأَولِ لها وظهَرَ كَذبُ الآخرِ، فعلِمَ وَليُّ الأَمرِ والحاضِرونَ صِدقَه في دَعواه وكِذبَ صاحِبه فدفَعَها إلىٰ الصادِقِ، وهذا قد يَقوىٰ بحيثُ يُفيدُ القَطعَ، وقد يَضعفُ وقد يَتوسَّطُ[1].

وأما الشافِعيةُ فقالَ الإمامُ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإنِ ادَّعىٰ رَجلانِ نَسبَ لَقيطٍ، وذكَرَ أَحدُهما في اللَّقيطِ عَلامةً، مِن خالٍ في بَدنِه، أو شامَةٍ، وما أشبَهَ ذلك، ولَمْ يَذكرِ الآخرُ ذلك لَمْ يُقدمِ الواصِفُ له بذلك».

(1) «الطرق الحكمية» ص(312، 313)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 323).

وقالَ أَبو حَنيفةَ: «يُقدمُ الواصِفُ له بذلك».

دَليلُنا: أنَّ مَعرفةَ العَلامةِ هو وَصفٌ للمُدَّعىٰ، والمُدَّعي لا يُقدمُ بوَصفٍ ما ادَّعاه، كما لو ادَّعيا مِلكَ عَينٍ ووصَفَها أَحدُهما[1].

الصُّورةُ الثانيةُ: أنْ يَدَّعيَه مُسلِمٌ وذِميٌّ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّه لو ادَّعىٰ مُسلمٌ وذِميٌّ نَسبَ لَقيطٍ فجاءَ أَحدُهما ببَينةٍ ولَمْ يَأتِ الآخرُ فإنه يُقدمُ صاحِبُ البَينةِ، سَواءٌ كانَ المُسلمَ أو الذميَّ.

إلا أنَّ العُلماءَ اختلَفُوا فيما لو ادَّعىٰ مُسلِمٌ وذِميٌّ في نَسبِ اللَّقيطِ، ولَمْ يَأتْ أَحدُهما ببَينةٍ ولا بعَلامةٍ، هل يُقدمُ المُسلِمُ علىٰ الكافِرِ الذِّميِّ أم حُكمُ الذِّميِّ حُكمُ المُسلِمِ فلا تُقدمُ دَعوىٰ أَحدِهما علىٰ الآخرِ؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّه إذا ادَّعىٰ نَسبَ اللَّقيطِ مُسلِمٌ وذِميٌّ فلا يُقدمُ أَحدُهما علىٰ الآخرِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو انفَردَ بالدَّعوىٰ قُبلَت دَعواه، فإذا اجتَمَعا تَساوَيا كالحُرَّينِ المُسلِمينِ، ولأنَّ المُسلِمَ يُساوي الذِّميَّ في السَّببِ الذي يُلحقُ به النَّسبَ وهو الفِراشُ أو شَبهُه، فساواه في تَداعي النَّسبِ كالمُسلِمينَ[2].

---

(1) «البيان» (8/ 32).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 277، 278)، رقم (1118)، و«الإشراف» لابن المنذر (6/ 362)، و«البيان» (8/ 32)، و«روضة الطالبين» (4/ 243)، و«النجم الوهاج» (6/ 83)، و«مغني المحتاج» (3/ 539)، و«تحفة المحتاج» (7/ 685)، و«الديباج» (2/ 579)، و«المغني» (6/ 45)، و«كشاف القناع» (4/ 287).

وذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه لو ادَّعاه رَجلانِ أنَّه ابنُهما ولا بَينةَ لهما وكانَ أَحدُهما مُسلِمًا والآخرُ ذِميًّا فالمُسلِمُ أَولىٰ ويُقضىٰ له به؛ لأنَّه أنفعُ للَّقيطِ[1].

الحالَةُ الثالِثةُ: أنْ تَدَّعيَه امرَأةٌ:

المَرأةُ إذا ادَّعَت نَسبَ وَلدٍ لَقيطٍ وأتَت ببَينةٍ علىٰ أنَّه وَلدُها **فلا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ** علىٰ أنَّه يَلحقُها في النَّسبِ، إلا أنَّهم اختلَفُوا فيما لو ادَّعت ذلك بدونِ بَينةٍ، هل يُقبلُ قَولُها في ذلك ويَلحقُها نَسبُه أم لا؟ فهذا لا يَخلو مِن أَحدِ أمرينِ:

الأَمرُ الأَولُ: أنْ تَكونَ بلا زَوجٍ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في المَرأةِ غيرِ المُتزوِّجةِ إذا ادَّعَت نَسبَ وَلدٍ لَقيطٍ ولمْ تأتِ ببَينةٍ هل يَلحقُها في النَّسبِ أم لا؟

فذهَبَ أَشهبُ مِن المالِكيةِ والشافِعيةُ في قَولٍ والحَنابلةُ في روايةٍ إلىٰ أنَّ دَعواها تُقبلُ ويَلحقُها نَسبُه؛ لأنَّها أَحدُ الأَبوينِ فثبَتَ النَّسبُ بدَعواها كالأَبِ، ولأنَّه يُمكنُ أنْ يَكونَ منها كما يَكونُ وَلدُ الرَّجلِ بل أكثرُ؛ لأنَّها تَأتي به مِن زَوجٍ ووَطءٍ بشُبهةٍ، ويَلحقُها وَلدُها مِن الزِّنا دونَ الرَّجلِ، ولأنَّ في قِصةِ داودَ وسُليمانَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ حينَ تحاكَمَ إليهما امرَأتانِ كانَ لهما ابنانِ فذهَبَ الذِّئبُ بأَحدِهما فادَّعَت كلُّ واحدةٍ منهما أنَّ الباقيَ ابنُها

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 199)، و«الهداية» (2/ 178)، و«الاختيار» (3/ 35)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 286).

وأنَّ الذي أخذَه الذِّئبُ ابنُ الأُخرىٰ فحكَمَ به داودُ للكُبرىٰ وحكَمَ به سُليمانُ للأُخرىٰ بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ منهما.

ولأنَّ المَرأةَ كالرَّجلِ في الجِهاتِ التي يُلحقُ منها النَّسبُ، وتَزيدُ عليه في أنَّها يَلحقُها وَلدُها الذي زَنَت به، فإذا لحِقَ الرَّجلَ النَّسبُ بالإقرارِ فالمَرأةُ أَولىٰ.

فإنْ قيلَ: إنما قُبلَ الإقرارُ بالنَّسبِ مِن الزَّوجِ لمَا فيه مِن المَصلحةِ بدَفعِ العارِ عن الصَّبيِّ وصِيانتِه عن النِّسبةِ إلىٰ كَونِه وَلدَ زِنا، ولا يَحصلُ هذا بإِلحاقِ نَسبِه بالمَرأةِ، بل إلحاقُها بها دونَ زَوجِها تَطرُّقٌ للعارِ إليه وإليها، قُلْنا: بل قَبلْنا دَعواه لأنَّه يَدَّعي حَقًّا لا مُنازعَ له فيه ولا مَضرَّةَ علىٰ أَحدٍ فيه، فقُبلَ قَولُه فيه كدَعوىٰ المالِ، وهذا مُتحقِّقٌ في دَعوىٰ المَرأةِ[1].

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ والشافِعيةُ في الأَصحِّ والحَنابِلةُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه لا تُقبلُ دَعواها إلا إذا أقامَت البَينةَ؛ لأنَّ الأُمَّ يُمكنُها إقامةُ البَينةِ علىٰ أنَّ الوَلدَ منها قَطعًا، فلمْ يُقبلْ قَولُها بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ، والأبُ لا يُمكنُه إقامةُ البَينةِ علىٰ أنَّ الوَلدَ منه قَطعًا، فمَسَّت الحاجَةُ إلىٰ إثباتِ النَّسبِ مِن جِهتِه بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ.

وحَكاه ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ إجماعًا فقالَ: «وأجمَعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أَهلِ العِلمِ، علىٰ أنَّ امرَأةً لو ادَّعَت اللَّقيطَ أنَّه ابنُها أنَّ قَولَها لا يُقبلُ».

(1) «البيان» (8/ 27)، و«المغني» (6/ 44).



هـذا قـولُ الثَّـوريِّ والشـافِعيِّ ويَحيـىٰ بـنِ آدمَ وأَبـي ثَـورٍ وأَصـحابِ الرَّأيِ[1].

الأَمرُ الثانِي: أنْ تَكونَ مُتزوِّجةً:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المَرأةِ المُتزوِّجةِ إذا ادَّعَت نَسبَ لَقيطٍ هل يَلحقُ بها أم لا؟

فذهَبَ جَماهيرُ أَهلِ العِلمِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ والشافِعيةِ في الأَصحِّ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا تُقبلُ دَعواها إلا إذا صدَّقَها زَوجُها علىٰ ذلك أو أقامَت البَيِّنةَ؛ لأنَّ فيه حَملَ النَّسبِ علىٰ الغيرِ؛ لأنَّه إذا أقَرَّت بالنَّسبِ فكأنَّها تُقرُّ بحَقٍّ عليها وعلىٰ غيرِها إذا كانَت فِراشًا لزَوجٍ، وبطَلَ إقرارُها في حَقِّ الزَّوجِ فيَبطلُ جميعُه؛ لأنَّ الإقرارَ الواحدَ إذا بطَلَ بعضُه بطَلَ كلُّه.

وقد حَكى ابنُ المُنذرِ الإجماعَ عليه فقالَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمَعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أَهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ امرَأةً لو ادَّعَت اللَّقيطَ أنَّه ابنُها أنَّ قولَها لا يُقبلُ.

---

(1) «الإشراف» (6/ 361)، و«الإجماع» (574)، ويُنْظَر: «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182)، و«المدونة الكبرىٰ» (8/ 336)، و«البيان» (8/ 27)، و«روضة الطالبين» (4/ 243)، و«النجم الوهاج» (6/ 82)، و«مغني المحتاج» (3/ 538)، و«تحفة المحتاج» (7/ 684)، و«الديباج» (2/ 578)، و«المغني» (6/ 45)، و«كشاف القناع» (4/ 287).

هذا قَولُ الثَّوريِّ والشافِعيِّ ويَحيىٰ بنِ آدمَ وأَبي ثورٍ وأَصحابِ الرَّأيِّ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ في مُقابلِ الأَصحِّ والحَنابِلةُ في رِوايةٍ وأَشهبُ مِن المالِكيةِ إلىٰ أنَّ دَعواها تُقبلُ ويَلحقُها نَسبُه؛ لأنَّها أَحدُ الأَبوين فثبَتَ النَّسبُ بدَعواها كالأَبِ، ولأنَّه يُمكنُ أنْ يَكونَ منها كما يَكونُ وَلدُ الرَّجلِ بل أَكثرُ؛ لأنَّها تَأتِي به مِن زَوجٍ ووَطءٍ بشُبهةٍ، ويَلحقُها وَلدُها مِن الزِّنا دونَ الرَّجلِ، ولأنَّ في قِصةِ داودَ وسُليمانَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ حينَ تحاكَمَ إليهما امرَأتانِ كانَ لهما ابنانِ فذهَبَ الذِّئبُ بأَحدِهما فادَّعَت كلُّ واحدةٍ منهما أنَّ الباقِيَ ابنُها وأنَّ الذي أخَذَه الذِّئبُ ابنُ الأُخرىٰ فحكَمَ به داودُ للكُبرىٰ وحكَمَ به سُليمانُ للأُخرىٰ بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ منهما.

ولأنَّ المَرأةَ كالرَّجلِ في الجِهاتِ التي يَلحقُ منها النَّسبُ، وتَزيدُ عليه في أنَّها يَلحقُها وَلدُها الذي زَنَت به، فإذا لحِقَ الرَّجلَ النسبُ بالإقرارِ فالمرأةُ أَولىٰ.



إلا أنَّه لا يُلحقُ النَّسبُ بزَوجِها **على الأَصحِّ عندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ**؛ لأنَّه ألحَقْنا الوَلدَ بإقرارِها ولَمْ يُوجدْ مِن الزَّوجِ إقرارٌ كما لو أقَرَّ الزَّوجُ بأنَّه ابنُه لَمْ يَلحقْها.

---

(1) «الإشراف» (6/ 361)، و«الإجماع» (574)، ويُنْظَر: «بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182)، و«المدونة الكبرىٰ» (8/ 336)، و«البيان» (8/ 27)، و«روضة الطالبين» (4/ 243)، و«النجم الوهاج» (6/ 82)، و«مغني المحتاج» (3/ 538)، و«تحفة المحتاج» (7/ 684)، و«الديباج» (2/ 578)، و«المغني» (6/ 45)، و«كشاف القناع» (4/ 287).



ومُقابلُ الأَصحِّ عندَ الشافِعيةِ يَلحقُه[1].

وفي رِوايةٍ ثالِثةٍ عن الإمامِ أَحمدَ نقَلَها الكَوسجُ عنه أنَّ المَرأةَ إذا ادَّعَت وَلدًا إنْ كانَ لها إخوةٌ أو نَسبٌ مَعروفٌ لا تُصدقُ إلا ببَينةٍ، وإنْ لمْ يَكنْ لها دافِعٌ لم يُحلْ بينَها وبينَه؛ لأنَّه إذا كانَ لها أَهلٌ ونَسبٌ مَعروفٌ لمْ تَخفَ وِلادتُها عليهم، ويَتضرَّرونَ بإلحاقِ النَّسبِ بها لمَا فيه مِن تَعييرِهم بوِلادتِها مِن غيرِ زَوجِها، وليسَ كذلك إذا لمْ يَكنْ لها أَهلٌ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ويُحتملُ ألَّا يَثبتَ النَّسبُ بدَعواها بحالٍ، وهذا قَولُ الثَّوريِّ والشافِعيِّ وأَبي ثَورٍ وأَصحابِ الرَّأيِ، قالَ ابنُ المُنذرِ: أجمَعَ كلُّ مَن نَحفظُ عنه مِن أَهلِ العِلمِ علىٰ أنَّ النَّسبَ لا يَثبتُ بدَعوىٰ المَرأةِ؛ لأنَّها يُمكنُها إقامةُ البَينةِ علىٰ الوِلادةِ فلا يُقبلُ قَولُها بمُجرَّدِه، كما لو علَّقَ زَوجُها طَلاقَها بوِلادتِها.

ولنا: إنَّها أَحدُ الوالِدَينِ فأشبَهَت الأَبَ، وإمكانُ البَينةِ لا يَمنعُ قَبولَ القَولِ كالرَّجلِ، فإنَّه تُمكنُه إقامةُ البَينةِ أنَّ هذا وُلدَ علىٰ فِراشِه[2].

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (8/ 336)، و«البيان» (8/ 27)، و«روضة الطالبين» (4/ 243)، و«النجم الوهاج» (6/ 82، 83)، و«مغني المحتاج» (3/ 538، 539)، و«تحفة المحتاج» (7/ 684)، و«الديباج» (2/ 578)، و«المغني» (6/ 45)، و«كشاف القناع» (4/ 286، 287).

(2) «المغني» (6/ 44، 45).

إنِ ادَّعَته امرَأتانِ:

الكَلامُ فيما لو ادَّعَت امرَأتانِ اللَّقيطَ مُتفرِّعٌ علىٰ قَبولِ قَولِها في الدَّعوىٰ.

قالَ الحَنفيةُ: لو ادَّعىٰ اللَّقيطَ امرَأتانِ وأقامَت إحداهما البَينةَ فهي أَولىٰ به.

وإنْ أقامَتا جَميعًا البَينةَ فهو ابنُهما عندَ أَبي حَنيفةَ؛ لأنَّ إثباتَ النَّسبِ لا يَقتضي إثباتَ الوِلادةِ، وإنما تَتعلقُ به أَحكامٌ أُخرُ، مِن تَحريمِ المُصاهرةِ، وحَقِّ الحَضانةِ، ووُجوبِ الإرثِ.

وعندَ أَبي يُوسفَ: لا يَكونُ لواحدةٍ منهما؛ لاستِحالةِ أنْ تَلدَ امرَأتانِ وَلدًا واحدًا.

وعن مُحمَّدٍ رِوايتانِ: في رِوايةِ أَبي حَفصٍ يُجعلُ ابنُهما، وفي رِوايةِ أَبي سُليمانَ لا يُجعلُ ابنَ واحدةٍ منهما(1).



وأما الشافِعيةُ فقالَ العِمرانيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنِ ادَّعَت امرَأتانِ وِلادةَ لَقيطٍ، ولا بَينةَ لواحدةٍ منهما:

فإنْ قُلْنا: لا تُقبلُ دَعوىٰ المَرأةِ في النَّسبِ بكلِّ حالٍ لَم تُقبلْ دَعوىٰ واحدةٍ منهما.

---

(1) «تحفة الفقهاء» (3/ 354)، و«بدائع الصنائع» (6/ 200)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 182، 183)، و«تبيين الحقائق» (3/ 299)، و«البحر الرائق» (5/ 157)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 287).



فإنْ قُلْنا: تُقبلُ دَعوتُها إذا لَمْ تكنْ فِراشًا، ولا تُقبلُ إذا كانَت فِراشًا، فإنْ كانَتا فِراشَين لِرَجلَين لَمْ تُقبلْ دَعوتُهما، وإنْ كانَت إحداهما فِراشًا دونَ الأُخرىٰ قُدمَت دَعوةُ مَن ليسَت بفِراشٍ.

وإنْ كانَتا ليسَتا بفِراشٍ، أو قُلْنا: تُقبلُ دَعوةُ المَرأةِ بكلِّ حالٍ، فهل تُعرضانِ علىٰ القافَةِ معَ الوَلدِ؟ فيه وَجهانِ، حَكاهما الشَّيخُ أَبو إِسحاقَ:

أَحدُهما: لا يُعرضانِ؛ لأنَّ الأُمَّ يُمكنُ مَعرفتُها يَقينًا مِن طَريقِ المُشاهدَةِ، فلمْ يُرجعْ فيه إلىٰ القافَةِ.

والثاني: أنَّهما تُعرضانِ معَ الوَلدِ علىٰ القافَةِ، ولمْ يَذكرِ ابنُ الصَّباغِ غيرَه؛ لأنَّهما أَحدُ الأَبوينِ، فعُرضَتا معَ الوَلدِ علىٰ القافَةِ، كالرَّجلَينِ.

وإنْ أقامَت إِحداهما بَينةً بالوِلادةِ: رَجلينِ، أو رَجلًا وامرَأتينِ، أو أَربعَ نِسوةٍ حُكمَ بثُبوتِ النَّسبِ منها؛ لأنَّ البَينةَ أَقوىٰ مِن الدَّعوىٰ، فإنْ كانَت فِراشًا لزَوجٍ أو سَيدٍ لَحقَ به الوَلدُ؛ لأنَّ البَينةَ قد شَهدَت بوِلادتِها له، فلحِقَ صاحِبَ الفِراشِ، ويُخالفُ إذا ألحَقْناه بها بإِقرارِها؛ لأنَّا لا نُلحقُه بغيرِ المُقِرِّ.

وإنْ أقامَت كلُّ واحدةٍ منهما بَينةً بالوِلادةِ، فإنْ قُلْنا: إنَّهما تَسقطانِ كانَ كما لو لَمْ تَكنْ بَينةٌ، وقد مَضىٰ. وإنْ قُلْنا: تُستعملانِ، فلا يَجيءُ الوَقفُ ولا القِسمةُ.

قالَ الشيخُ أَبو حامِدٍ وابنُ الصَّباغِ: ولا تَجيءُ ها هنا القُرعةُ؛ لأنَّ معنا ما هو أَقوىٰ مِن القُرعةِ، وهو القافَةُ، فنَعرضُه عليها، فإنْ ألحَقَتْه بإِحداهما قوَّيْنا بَينتَها بذلك، وألحَقْناه بها وبزَوجِها، ولا يَنتفي عنه إلا باللِّعانِ، وإنْ

أَلحَقَتْه القافَةُ بها أو نفَتْه عنهما أو أشكَلَ عليها الأَمرُ أو لَمْ يَكنْ قافَةٌ تُرِكَ الوَلَدُ حتىٰ يَبلغَ ويَنتسبَ إلىٰ إِحداهما، وتَكونُ نَفقتُه عليهما.

فإذا انتسَبَ إلىٰ إِحداهما رجَّحْنا به بَينتَها ولحِقَها ولحِقَ زَوجَها، وانتَفَىٰ عنه باللِّعانِ.

فإنْ ماتَت إِحدىٰ المَرأتَينِ، أو ماتَ زَوجُها قبلَ بُلوغِ اللَّقيطِ عُزلَ مِن ميراثِ المَيتِ ميراثُ ابنٍ، فإنْ بلَغَ وانتسَبَ إلىٰ المَيتةِ أُخذَ ما عُزلَ له مِن ميراثِها، أو مِن ميراثِ زَوجِها.

وإنِ انتسَبَ إلىٰ الحيَّةِ رُدَّ المَعزولُ علىٰ وَرثةِ المَيتةِ.

[فَرعٌ: ادِّعاءُ رَجلٍ وامرَأةٍ لَقيطًا].

ذكَرَ الطَّبريُّ: إذا اجتمَعَ رَجلٌ وامرَأةٌ وللرَّجلِ زَوجةٌ غيرُ هذه المَرأةِ وللمَرأةِ زَوجٌ غيرُ هذا الرَّجلِ فادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما بُنوَّةَ اللَّقيطِ وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَينةً قالَ أَبو العَباسِ ابنِ سُريجٍ: ففيه أَربعةُ أَقوالٍ:

أَحدُها: أنَّ بَينةَ الرَّجلِ أَولىٰ؛ لأنَّا لو ألحَقْناه بالمَرأةِ لالتَحقَ بزَوجِها مِن غيرِ أنْ يَدَّعيَه.

والثاني: أنَّ بَينةَ المَرأةِ أَولىٰ؛ لأنَّ خُروجَ الوَلدِ منها يُعرفُ بالمُشاهدَةِ والقَطعِ، وخُروجُ الوَلدِ مِن الزَّوجِ لا يُعلمُ إلا بغَلبةِ الظَّنِّ.

والثالِثُ: أنَّهما يَتعارضانِ؛ لأنَّه ليسَت إِحداهما بأَولىٰ مِن الأُخرىٰ.

والرابعُ: أنَّه يُعرَضُ معَهما علىٰ القافَةِ[1].

(1) «البيان» (8/ 32، 34)، و«روضة الطالبين» (4/ 244، 245).

وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إنِ ادَّعت امرَأتانِ نَسبَ وَلدٍ فذلك مَبنيٌّ علىٰ قَبولِ دَعوتِهما، فإنْ كانَتا مِمَّن لا تُقبلُ دَعوتُهما لَمْ تُسمعْ دَعوتُهما، وإنْ كانَت إحداهما مِمَّن تُسمعُ دَعوتُهما دونَ الأُخرىٰ فهو ابنٌ لها، كالمُنفرِدَةِ به، وإنْ كانَتا جَميعًا مِمَّن تُسمعُ دَعوتُهما فهما في إثباتِه بالبَينةِ، أو كَونِه يُرىٰ القافَةَ مع عَدمِها كالرَّجلينِ.

قالَ أحمدُ في رِوايةِ بَكرِ بنِ مُحمَّدٍ في يَهوديةٍ ومُسلِمةٍ ولدَتا فادَّعَت اليَهوديةُ وَلدَ المُسلمةِ فتَوقفَ، فقيلَ: يُرىٰ القافةَ. فقالَ: ما أَحسنَه! ولأنَّ الشَّبهَ يُوجدُ بينَها وبينَ ابنِها كوُجودِه بينَ الرَّجلِ وابنِه بل أَكثرُ؛ لاختِصاصِهما بحَملِه وتَغذيتِه، والكافِرَةُ والمُسلِمةُ والحُرةُ والأَمةُ في الدَّعوىٰ واحدةٌ كما قُلْنا في الرَّجلِ، وهذا قَولُ أصحابِ الشافِعيِّ علىٰ الوَجهِ الذي يَقولونَ فيه بقَبولِ دَعوتِهما، وإنْ ألحَقَتْه القافَةُ بأُمَّينِ لَمْ يلحَقْ بهما وبطَلَ قَولُ القافَةِ؛ لأنَّنا نَعلمُ خطأَه يَقينًا.

وقالَ أَصحابُ الرَّأيِ: يُلحقُ بهما بمُجرَّدِ الدَّعوىٰ؛ لأنَّ الأُمَّ أَحدُ الأَبوينِ فجازَ أنْ يُلحقَ باثنَينِ كالآباءِ.

ولنا: إنَّ كَونَه منهما مُحالٌ يَقينًا فلمْ يَجزِ الحُكمُ به، كما لو كانَ أكبَرَ منهما أو مِثلَهما، وفارَقَ الرَّجلَينِ، فإنَّ كَونَه منهما مُمكِنٌ، فإنَّه يَجوزُ اجتِماعُ النُّطفتَينِ لرَجلَينِ في رَحمِ امرَأةٍ، فيُمكنُ أنْ يُخلقَ منهما وَلدٌ كما يُخلقُ مِن نُطفةِ الرَّجلِ والمَرأةِ، ولذلك قالَ القائِفُ لعُمرَ: «قد اشتَرَكا فيه»،

ولا يَلزمُ مِن إلحاقِه بمَن يُتصورُ كَونُه منه إلحاقُه بمَن يَستحيلُ كَونُه منه، كما لَمْ يَلزمْ مِن إلحاقِه بمَن يُولدُ مِثلُه لمِثلِه إلحاقُه بأَصغرَ منه»[1].

إسلامُ الصَّغيرِ استقلالاً عن أبويه:

الصَّغيرُ إذا كانَ أَحدُ أَبويه مُسلِمًا فهو مُسلِمٌ بالإجماعِ تَغليبًا للإِسلامِ، ولا يَضرُّ ما يَطرأُ بعدَ العُلوقِ منهما مِن رَدةٍ.

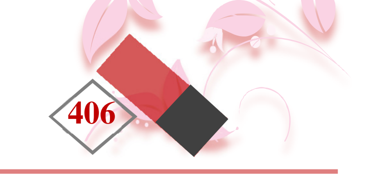
إلا أنَّ الفُقهاءَ اختلَفُوا فيما لو كانَ الأبوانِ كافرَينِ وأسلَمَ ابنُهما الصَّغيرُ المُميِّزُ استِقلالًا عنهما، هل يَصحُّ إسلامُه أم لا؟ بعدَ اتِّفاقِهم علىٰ عَدمِ صِحةِ إسلامِ غيرِ المُميِّزِ؛ لأنَّ الطِّفلَ الذي لا يَعقلُ لا يَتحققُ فيه اعتِقادُ الإِسلامِ، وكَلامُه لا عِبْرَة به، فلا يَدلُّ علىٰ إرادتِه وقَصدِه.

فذهَبَ الشافِعيةُ في الأَصحِّ وبعضُ المالِكيةِ وأَحمدُ في روايةٍ وزُفرُ مِن الحَنفيةِ إلىٰ أنَّه لا يَصحُّ إسلامُ الصَّبيِّ استِقلالًا في أَحكامِ الدُّنيا؛ لأنَّه غيرُ مُكلَّفٍ، فأشبَهَ غيرَ المُميِّزِ والمَجنونَ، وهما لا يَصحُّ إسلامُهما اتِّفاقًا؛ ولأنَّ نُطقَه بالشاهدَتَينِ إما خَبرٌ وإما إنشاءٌ، فإنْ كانَ خَبرًا فخبَرُه غيرُ مَقبولٍ، وإنْ كانَ إنشاءً فهو كعُقودِه وهي باطِلةٌ، وأما في أَحكامِ الآخرةِ فيَصحُّ ويَكونُ مِن الفائِزينَ اتِّفاقًا[2].

---

(1) «المغني» (6/ 50)، ويُنْظَر: «المبدع» (5/ 308).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 235، 236)، و«النجم الوهاج» (6/ 73، 75)، و«مغني المحتاج» (3/ 533)، و«تحفة المحتاج» (8/ 669، 674)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 275، 277).



وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في الصَّحيحِ مِن المَذهبِ والشافِعيةُ في مُقابلِ الأَصحِّ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه يَصحُّ إِسلامُه استِقلالًا، فيُورَّثُ مِن قَريبِه المُسلِم[1].

وقد بيَّنَ الإمامُ ابنُ القَيمِ قَولَ الشافِعيةِ وقَولَ الجُمهورِ حيثُ قالَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إِسلامُ الصَّبيِّ يَحصلُ بخَمسةِ أَشياءَ مُتفَقٍ علىٰ بعضِها ومُختلَفٍ في بعضِها:

الأَولُ: إِسلامُه بنَفسِه إذا عقَلَ الإِسلامَ: فيَصحُّ عندَ الجُمهورِ، وهو مَذهبُ أَبي حَنيفةَ ومالِكٍ وأَحمدَ وأَصحابِهم.

والذين قالوا بصِحةِ إِسلامِه قالوا يَصحُّ باطِنًا وظاهِرًا، حتىٰ لو رجَعَ عنه أُجبِرَ عليه، ولو أقامَ علىٰ رُجوعِه كانُ مُرتدًّا، ومَنصوصٌ عن الشافِعيِّ أنَّه لا يَصحُّ إِسلامُه، ولأَصحابِه وَجهانِ آخرانِ:

أَحدُهما: أنَّه يُوقفُ إِسلامُه، فإنْ بلَغَ واستمَرَّ علىٰ حُكمِ الإِسلامِ تيقَّنَّا أنَّه كانَ مُسلِمًا مِن يَومئذٍ، وإنْ وصَفَ الكُفرَ تبيَّنَّا أنَّه كانَ لَغوًا، وقد عبَّرَ عن هذا بصِحةِ إِسلامِه ظاهِرًا لا باطِنًا.

---

(1) «الاختيار» (4/ 181، 182)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 275، 277)، و«شرح مختصر خليل» (5/ 11)، و«الحاوي الكبير» (13/ 171)، و«روضة الطالبين» (4/ 235، 236)، و«النجم الوهاج» (6/ 73، 75)، و«مغني المحتاج» (3/ 533)، و«تحفة المحتاج» (8/ 669، 674)، و«الإفصاح» (2/ 67)، و«المغني» (9/ 22، 24)، و«الكافي» (4/ 155)، و«الشرح الكبير» (10/ 83)، و«شرح الزركشي» (3/ 92)، و«المبدع» (9/ 174، 175)، و«الإنصاف» (10/ 329).

والوَجهُ الثاني: أنَّه يَصحُ إسلامُه، حتىٰ يُفرقَ بينَه وبينَ زَوجتِه الكافِرَةِ، ويُورَّثُ مِن قَريبِه المُسلِمِ، وهو اختِيارُ الإصطخريِّ.

قالُوا: وعلىٰ هذا لو ارتدَّ صحَّت رِدتُه، ولكن لا يُقتلُ حتىٰ يَبلغَ، فإنْ رجَعَ إلىٰ الإسلامِ وإلا قُتلَ، وأما علىٰ مَنصوصِ الشافِعيِّ فقد يُقالُ: يُحالُ بينَه وبينَ أَبويه وأَهلِه الكُفارِ لئلا يَفتِنوه، فإنْ بلَغَ ووصَفَ الكُفرَ هُدِّدَ وطُولبَ بالإسلامِ، فإنْ أصَرَّ رُدَّ إليهم، وهل هذه الحَيلولةُ مُستحبَّةٌ أو واجِبةٌ؟ فيه وَجهانِ، أَصحُّهما أنَّها مُستحبَّةٌ، فيُتلطَّفُ بوالِدَيه ليُؤخذَ منهما، فإنْ أبَيا فلا حَيلولةَ.

هذا في أَحكامِ الدُّنيا، فأما ما يَتعلقُ بالآخرَةِ فقالَ الأُستاذُ أَبو إسحاقَ: إذا أضمَرَ كما أظهَرَ كانَ مِن الفائِزينَ بالجَنةِ، ويُعبَّرُ عن هذا بصِحةِ إسلامِه باطِنًا لا ظاهِرًا.

قالَ في «النِّهاية»: وفي هذا إشكالٌ؛ لأنَّ مَن حُكمَ له بالفَوزِ لإسلامِه كيفَ لا نَحكمُ بإسلامِه؟ وأُجيبَ عنه بأنَّه قد نَحكمُ له بالفَوزِ في الآخرةِ وإنْ لمْ تَجرِ عليه أَحكامُ الإسلامِ في الدُّنيا كمَن لمْ تَبلغْه الدَّعوةُ.

والذين قالوا لا يَصحُّ إسلامُه احتَجُّوا بقَولِ ﷺ: «**رُفعَ القَلمُ عن ثَلاثةٍ: عن الصَّبيِّ حتىٰ يَبلغَ، وعن المَجنونِ حتىٰ يُفيقَ، وعن النائِمِ حتىٰ يَستيقظَ**»، وهو حَديثٌ حَسنٌ، قالوا: ولأنَّه قَولٌ تَثبتُ به الأَحكامُ في حَقِّه فلمْ يَصحَّ منه كالهِبةِ والبَيعِ والعِتقِ والإقرارِ، قالوا: ولأنَّه غيرُ مُكلَّفٍ فلمْ يَصحَّ إسلامُه كالمَجنونِ والنائِمِ.

قالوا: ولأنَّه قبلَ البُلوغِ في حُكمِ الطِّفلِ الذي لا يَعقلُ ما يَقولُ، ولهذا كانَت أَقوالُه هَدرًا.

قالوا: ولأنَّه لو صَحَّ إسلامُه لصَحَّت رِدتُه.

قالَ المُصحِّحونَ لإسلامِه: هو مِن أَهلِ قَولِ لا إلهَ إلا اللهُ، وقد حرَّمَ اللهُ علىٰ النارِ مَن قالَ: «لا إلهَ إلا اللهُ»، ومَن قالَ: «لا إلهَ إلا اللهُ» دخَلَ الجَنةَ.

قالوا: وهو مَولودٌ علىٰ الفِطرةِ التي فطَرَ اللهُ عليها عِبادَه، فإذا تَكلمَ بكَلمةِ الإسلامِ فقد نطَقَ بمُوجبِ الفِطرةِ، فعمِلَت الفِطرةُ والكَلمةُ عَملَهما.

قالوا: وقد أشارَ النَّبيُّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلىٰ هذا المَعنىٰ بقَولِه: «**كلُّ مَولودٍ يُولدُ علىٰ الفِطرةِ**» وفي لَفظٍ: «**علىٰ هذه المِلةِ، فأَبواه يُهوِّدانِه ويُنصِّرانِه ويُمجِّسانِه، حتىٰ يُعربَ عنه لِسانُه، فإما شاكِرًا وإما كَفورًا**»، فجعَلَ الغايَةَ إعرابَ لسانِه عنه، أي بَيانَ لسانِه عنه، فإذا أعرَبَ لسانُه عنه صارَ إما شاكِرًا وإما كَفورًا بالنَّصِّ، ولأنَّه إذا بلَغَ سِنَّ التَّمييزِ وعقَلَ ما يَقولُ صارَ له إرادةٌ واختيارٌ ونُطقٌ يَترتبُ عليه به الثَّوابُ وإن تأخَّرَ ترتَّبَ عليه العِقابُ إلىٰ ما بعدَ البُلوغِ، فلا يَلزمُ مِن انتِفاءِ صِحةِ أَسبابِ العِقابِ انتِفاءُ صِحةِ أَسبابِ الثوابِ، فإنَّ الصَّبيَّ يَصحُّ حَجُّه وطَهارتُه وصَلاتُه وصِيامُه وصَدقتُه وذِكرُه ويُثابُ علىٰ ذلك، وإنْ لَمْ يُعاقبْه علىٰ تَركِه، فبابُ الثَّوابِ لا يَعتمدُ علىٰ البُلوغِ، ولَمْ يَقمْ دَليلٌ شَرعيٌّ علىٰ إهدارِ أَقوالِ الصَّبيِّ بالكُليةِ، بل الأَدلةُ الشَّرعيةُ تَقتضي اعتبارَ أَقوالِه في الجُملةِ.

وقد أمَرَ اللهُ تعالَىٰ بابتِلاءِ اليَتامىٰ -وهو اختِبارُهم في عُقودِهم ومُعاملاتِهم- ولهذا كانَ قَولُ الجُمهورِ أنَّ ذلك يَحصلُ بإِذنِه له في العَقدِ، ولا يَحتاجُ إلىٰ أنْ يَأذنَ له في المُراوضةِ ثم بعَقدِ وَليِّه.

وقد ذهَبَ عبدُ اللهِ بنُ الزُّبيرِ وأَهلُ المَدينةِ وأَحمدُ في إِحدىٰ الرِّواياتِ إلىٰ قَبولِ شَهادةِ الصِّبيانِ بعضُهم علىٰ بعضٍ في جِراحاتِهم إذا كانُوا مُنفرِدينَ.

وقد ذهَبَ جَماعةٌ مِن الفُقهاءِ إلىٰ صِحةِ وَصيةِ الصَّبيِّ وطَلاقِه وظِهارِه وإِيلائِه، ولَمْ يَزلِ الصِّبيانُ يَذهبونَ في حَوائجِ أَوليائِهم وغيرِهم ويَقبلونَ قَولَهم في ثُبوتِ الأَسبابِ التي تَقتضِي الحِلَّ والحُرمةَ، ويَعتمدونَ في وَطءِ الفَرجِ في الأَمةِ والزَّوجةِ علىٰ قَولِ الصَّبيِّ، فلَمْ يُهدرِ الشارِعُ أَقوالَ الصَّبيِّ كلَّها.

بل إذا تأمَّلْنا الشَّرعَ رأَيْنا اعتِبارَه لأَقوالِه أكثرَ مِن إِهدارِه لها، وإنما تُهدرُ فيما فيه عليه ضَررٌ، كالإِقرارِ بالحُدودِ والحُقوقِ، فأما ما هو نَفعٌ مَحضٌ له في الدُّنيا والآخِرةِ كالإِسلامِ فاعتِبارُ قَولِه فيه أَولىٰ مِن إِهدارِه؛ إذ أنَّ أُصولَ الشَّرعِ تَشهدُ باعتِبارِ قَولِه فيه.

وأَيضًا فإنَّ الإِسلامَ عِبادةٌ مَحضةٌ وطاعَةٌ للهِ وقُربةٌ له، فلَمْ يَكنِ البُلوغُ شَرطًا في صِحتِها كحَجِّه وصَومِه وصَلاتِه وقِراءتِه، وإنَّ اللهَ تعالَىٰ دعا عِبادَه إلىٰ دارِ السَّلامِ وجعَلَ طَريقَها الإِسلامَ، وجعَلَ مَن لَمْ يُجبْ دَعوتَه في الجَحيمِ والعَذابِ الأَليمِ، فكيفَ يَجوزُ مَنعُ الصَّبيِّ مِن إِجابةِ دَعوةِ اللهِ مع

مُسارعتِه ومُبادرتِه إليها وسُلوكِه طَريقَها وإلزامُه بطَريقِ أهلِ الجَحيمِ والكَونِ معَهم والحُكمُ عليه بالنارِ وسَدِّ طَريقِ النَّجاةِ عليه معَ فِرارِه إلىٰ اللهِ منها؟ هذا مِن أمحلِ المُحالِ، ولأنَّ هذا إجماعُ الصَّحابةِ، فإنَّ عَليًّا رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أسلَمَ صَبيًّا وكانَ يَفتخرُ بذلك ويَقولُ:

سبقْتُكمُ إلى الإسلامِ طُرًّا صَبيًّا ما بلَغْتُ أَوانَ حُلْمي

فكيفَ يُقالُ إنَّ إسلامَه كان باطِلًا لا يَصحُّ، ولهذا قالَ غيرُ واحدٍ مِن التابِعينَ ومَن بعدَهم: أَولُ مَن أسلَمَ مِن الرِّجالِ أَبو بَكرٍ، ومِن الصِّبيانِ عليٌّ، ومِن النِّساءِ خَديجةُ، ومِن العَبيدِ بِلالٌ، ومِن المَوالي زَيدٌ.

وقالَ عُروةُ بنُ الزُّبيرِ: أسلَمَ عَليٌّ والزُّبيرُ وهما ابنا ثَماني سِنينَ، وبايعَ عَبدُ اللهِ بنُ الزُّبيرِ وعُمرُه سَبعُ سِنينَ أو ثَمانٍ، فضحِكَ النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ لمَّا رآه.

وقالَ ابنُ عَباسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: كنَّا أنا وأُمي مِن المُستضعَفينَ بمَكةَ، وماتَ النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ولمْ يَحتلمْ، ولمْ يَردَّ النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ علىٰ أَحدٍ مِن الصِّبيانِ إسلامَه قط، بل كانَ يَقبلُ إسلامَ الصَّغيرِ والكَبيرِ والحُرِّ والعَبدِ والذِّكرِ والأُنثىٰ، ولمْ يَأمرْ هو ولا أَحدٌ مِن خُلفائِه ولا أَحدٌ مِن أَصحابِه صَبيًّا أسلَمَ قبلَ البُلوغِ عندَ البُلوغِ أنْ يُجدِّدَ إسلامَه، ولا عُرفَ هذا في الإِسلامِ قطُّ.

وأما قَولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**رُفعَ القَلمُ عن ثَلاثةٍ**» فلمْ يُردْ به النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنَّه لا يَصحُّ إسلامُه ولا ذِكرُه ولا قِراءتُه ولا صَلاتُه



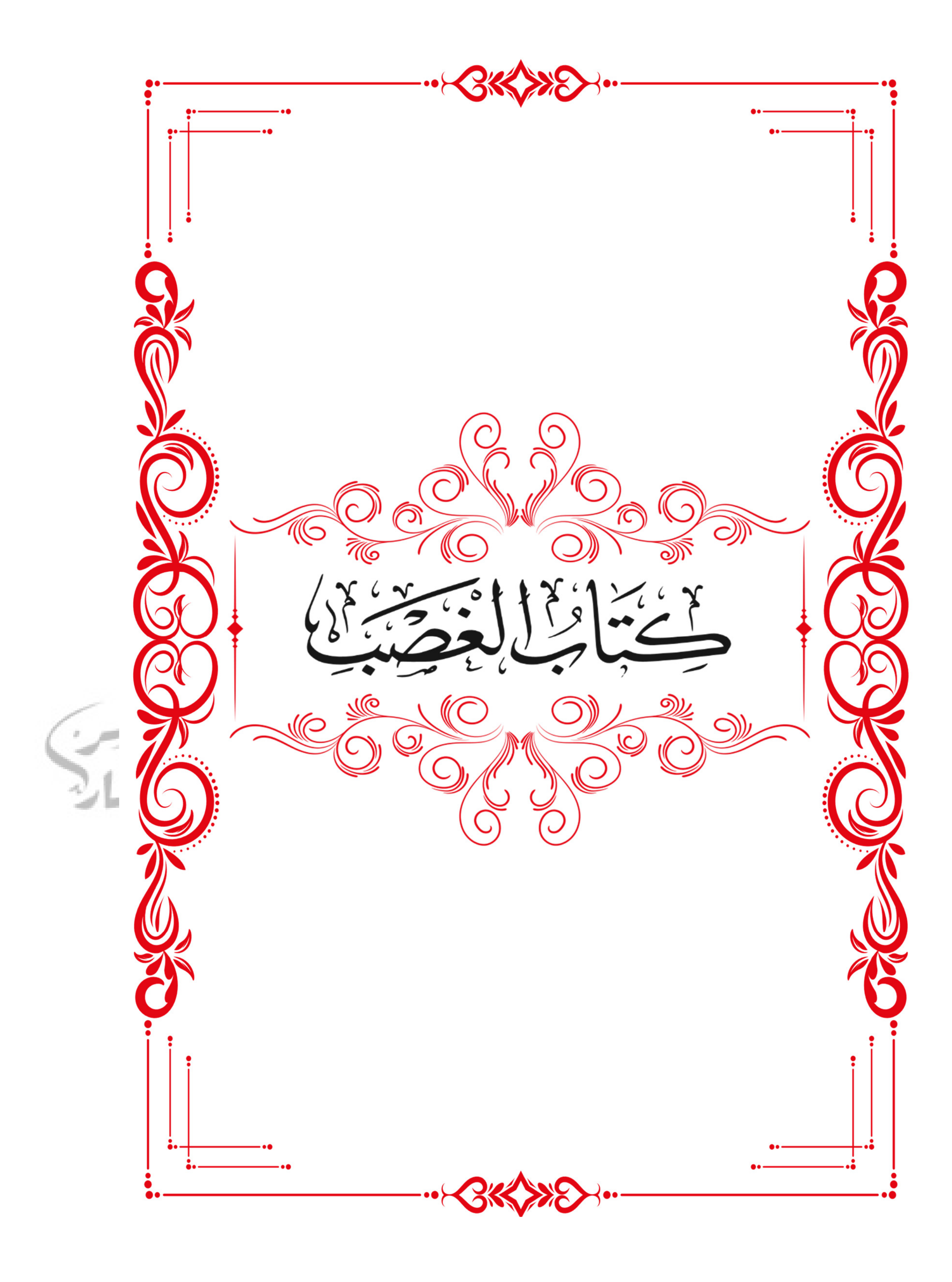
ولا صِيامُه، فإنَّه لم يُخبِرْ أنَّ قَلَمَ الثَّوابِ مَرفوعٌ عنه، وإنما مُرادُه بهذا الحَديثِ: رُفِعَ قَلَمُ التَّأثيمِ، وأنَّه لا يُكتبُ عليه ذَنبٌ، والإسلامُ أعظمُ الحَسناتِ، وهو له لا عليه، فكيفَ يُفهمُ مِن رَفعِ القَلمِ عن الصَّبيِّ بُطلانُه وعَدمُ اعتِبارِه والإسلامُ له لا عليه ويَسعدُ به في الدُّنيا والآخرةِ؟...»[1].



(1) «أحكام أهل الذمة» (2/ 901، 911).







كتاب الغصب







تَعريفُ الغَصبِ:

الغَصبُ لُغةً: أَخذُ الشَّيءِ ظُلمًا وقَهرًا علىٰ سَبيلِ التَّغلُّبِ، سَواءٌ كانَ مالًا أو غيرَه، قالَ تَعالىٰ: ﴿يَأۡخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصۡبٗا ٧٩﴾ [الكهف: 79] أي: ظُلمًا، والاغتِصابُ مِثلُه، يُقالُ: غصَبَه منه وغصَبَه عليه، والشَّيءُ غصْبٌ ومَغصوبٌ، ويُستَعملُ في كلِّ شيءٍ، يُقالُ: غصَبتُ وَلدَه وزَوجتَه، ويُقالُ: اغتُصِبَت فُلانةُ نَفسُها، إذا وُطِئَت مَقهورةً غيرَ طائِعةٍ(1).

والغَصبُ اصطِلاحًا:

تعَدَّدت عِباراتُ الفُقهاءِ في تَعريفِ الغَصبِ:

(1) العين ولسان وتهذيب اللغة والمغرب في ترتيب المعرب والعرب مادة و«مختار الصحاح» (غصب).

فقالَ الحَنفيةُ: الغَصبُ عِبارةٌ عن أَخذِ مالٍ مُتقوَّمٍ مُحترَمٍ قابِلٍ للنَّقلِ بغيرِ إِذنِ المالكِ علىٰ وَجهٍ يُزيلُ يدَه عنه.

واشتَرطَ أَبو حَنيفةَ وأَبو يُوسفَ كَونَ المَغصوبِ قابِلًا للنَّقلِ والتَّحويلِ، علىٰ وَجهٍ يَتضمَّنُ تَفويتَ يَدِ المالِكِ، **ولم يَشترِطْ ذلك مُحمدٌ**، ويَظهرُ في غَصبِ العَقارِ علىٰ ما سيَأتي بَيانُه، فلو استَخدمَ مَملوكَ غيرِه بغيرِ أمرِه، أو أرسَلَه في حاجَتِه، أو ركِبَ دابَّتَه أو حمَلَ عليها أو ساقَها فهلَكَت كانَ غاصِبًا؛ لأنَّه أثبَتَ اليَدَ المُبطِلةَ المُفوِّتةَ، ولو جلَسَ علىٰ بِساطِ الغيرِ أو هبَّت الرِّيحُ بثَوبِ إِنسانٍ فألقَتْه في حِجرِه لا يَكونُ غاصِبًا ما لم يَنقُلْه أو يُمسِكْه[1].

وقالَ المالِكيةُ: أَخْذُ مالِ غيرٍ، مَنفعةً، قَهرًا تَعدِّيًا بلا حَرابةً.

فـ«أَخْذُ»: جِنسٌ يَشمَلُ الغَصبَ وغيرَه، كأَخْذِ إِنسانٍ مالَه من مُودَعٍ أو مَدينٍ أو غيرِ ذلك، والمُتبادَرُ من المالِ الذَّواتُ، فخرَجَ التَّعدِّي، وهو الانتِفاعُ بمِلكِ الغيرِ بغيرِ حَقٍّ دونَ قَصدِ تَملُّكِ الرَّقبةِ، كسُكنىٰ دارٍ ورُكوبِ دابةٍ مَثلًا، أو هو إِتلافُ المُتمَلَّكِ أو بَعضِه دونَ قَصدِ تَملُّكِه.

وقَولُنا: «قَهرًا» حالٌ مُقارِنةٌ لعامِلِها خرَجَ بها السَّرقةُ ونَحوُها؛ إِذْ لا قَهرَ حالَ الأَخْذِ، وإنْ حصَلَ القَهرُ بعدَه، كما خرَجَ المَأخوذُ اختِيارًا كعاريةٍ وسَلفٍ وهِبةٍ.

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 143)، و«الاختيار» (3/ 73)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 116، 117)، و«مختصر الوقاية» (2/ 136)، و«اللباب» (1/ 629).

وقولُنا: «تَعدِّيًا» خَرجَ به المَأخوذُ قهرًا بحقٍّ كالدَّينِ من مَدينٍ مُماطِلٍ أو مِن غاصِبٍ، وكالزَّكاةِ كُرهًا من مُمتنعٍ ونَحوِ ذلك، كأخْذِ الأبِ الغَنيِّ والجَدِّ من مالِ وَلدِه قَهرًا عنه فلا يُسمَّىٰ غَصبًا.

ولمَّا كانَت هذه القُيودُ تَشمَلُ الحِرابَةَ قُلنا: «بلا حِرابةٍ» لإخراجِها؛ لأنَّ حَقيقتَها غيرُ حَقيقةِ الغَصبِ من حيثُ تَرتُّبُ بَعضِ الأَحكامِ علىٰ الحَرابةِ دونَ الغَصبِ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: الغَصبُ هو الاستِيلاءُ علىٰ حَقِّ الغيرِ عُدوانًا[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: استيلاءُ غيرِ حَربيٍّ عُرفًا علىٰ حَقِّ غيرِه قَهرًا بغيرِ حَقٍّ[3].

الفَرقُ بينَ الغَصبِ والتَّعدِّي:

الغَصبُ كما تقدَّمَ هو الاستِيلاءُ علىٰ حَقِّ الغيرِ عُدوانًا وقَهرًا.

والتَّعدِّي هو التَّصرفُ في الشَّيءِ بغيرِ إذنِ رَبِّه دونَ قَصدِ تَملُّكِه.

فالفَرقُ بينَهما أنَّ الغَصبَ يُقصدُ به تَملُّكُ العَينِ المَغصوبةِ، أمَّا التَّعدِّي

---

(1) «المختصر الفقهي» (11/ 42، 47)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 130)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 157)، و«تحبير المختصر» (4/ 380)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 198).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 635، 636)، و«الكنز الراغبين» (3/ 63، 64)، و«النجم الوهاج» (5/ 168)، و«مغني المحتاج» (3/ 286).

(3) «المغني» (5/ 139)، و«كشاف القناع» (4/ 94)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 119).

فهو أنْ يَنتفعَ بِملكِ الغيرِ بغيرِ حَقٍّ دونَ قَصدِ تَملُّكِ الرَّقبةِ، كسُكنىٰ دارٍ ورُكوبِ دابةٍ مَثلًا أو كإتلافِ المُتمَلَّكِ أو بَعضِه دونَ قَصدِ تَملُّكِه[1].

الفَرقُ بينَ المُختلِسِ والخائنِ والسارقِ والمُكابِرِ والغاصِبِ:

المُختلِسُ: هو الذي يَخطِفُ المالَ بحَضرةِ صاحِبِه في غَفلتِه ويَذهبُ بسُرعةٍ جَهرةً، سَواءٌ كانَ مَجيئُه سِرًّا أو جَهرًا.

والخائِنُ: هو الذي يَأتي جَهرةً ويَذهبُ جَهرةً.

والسارِقُ: هو الذي يَأتي خُفيةً ويأخُذُ المالَ من حِرزِ مِثلِه علىٰ وَجهِ الخُفيةِ والاستِتارِ ويَذهبُ خُفيةً.

وهؤلاء الثَّلاثةُ ليس معهم قَهرٌ حالَ الأخذِ، وإنْ كانَ معهم تَعدٍّ، بخِلافِ الغَصبِ ففيه قَهرٌ.

والمُكابِرُ: هو الآخِذُ للمالِ من صاحِبِه بقُوةٍ من غيرِ حَرابةٍ، سَواءٌ ادَّعىٰ أنَّه مِلكُه أو اعترَفَ بأنَّه غاصِبٌ.

والمُحارِبُ: هو الذي يأخُذُ المالَ علىٰ وَجهٍ يتعذَّرُ معه الغَوثُ، وأَحكامُه مُخالِفةٌ لأَحكامِ الغاصِبِ من حيثُ الجُملةُ؛ لأنَّ المُحارِبَ يُقتَّلُ أو يُصلَّبُ أو يُقطَّعُ من خِلافٍ أو يُنفَىٰ من الأرضِ، وليس كذلك الغاصِبُ[2].

---

(1) «المختصر الفقهي» (11/ 47).

(2) «حاشية العدوي» (2/ 369)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 200)» (10/ 303)، و«منح الجليل» (9/ 292).

وقالَ الإمامُ أبو جَعفرٍ الطَّبريُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعَ جَميعُ الخاصةِ والعامةِ علىٰ أنَّ اللهَ عَزَّوَجَلَّ حرَّمَ أخْذَ مالِ امرِئٍ مُسلمٍ أو مُعاهَدٍ بغيرِ حَقٍّ إذا كانَ المَأخوذُ منه مالُه غيرَ طَيِّبِ النَّفسِ بأنْ يُؤخَذَ منه ما أُخذَ.

وأجمَعوا جَميعًا علىٰ أنَّ آخِذَه علىٰ السَّبيلِ التي وَصَفنا بِفعلِه آثِمٌ، وبأخْذِه ظالِمٌ، وأجمَعت الحُجةُ التي وَصَفناها جَميعًا علىٰ أنَّ آخِذَه علىٰ السَّبيلِ التي وَصَفنا إنْ كانَ أخَذَه من حِرزٍ مُستَخفيًا بأخْذِه وبلَغَ المَأخوذُ ما يَجبُ فيه القَطعُ يُسمَّىٰ بما أخَذَ سارِقًا، وإنْ كانَ أخَذَه مُكابَرةً من صاحِبِه في صَحراءَ يُسمَّىٰ مُحارِبًا، وإنْ أخَذَ ما أخَذَ علىٰ السَّبيلِ التي وَصَفنا اختِلاسًا من يَدِ صاحِبِه يُسمَّىٰ مُختلِسًا، وإنْ أخَذَه علىٰ هذه السَّبيلِ ممَّا كانَ مُؤتَمنًا عليه يُسمَّىٰ خائِنًا، وإنْ أخَذَه علىٰ ما ذَكَرنا قَهرًا للمَأخوذِ منه وقَسرًا بغَلبةِ مِلكٍ أو فَضلِ قُوةٍ يُسمَّىٰ غاصِبًا[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَصلٌ: الفَرقُ بينَ السارِقِ وبينَ المُختلِسِ والمُنتهِبِ والغاصِبِ...

وأمَّا قَطعُ يَدِ السارِقِ في ثَلاثةِ دَراهِمَ وتَركُ قَطعِ المُختلِسِ والمُنتهِبِ والغاصِبِ فمِن تَمامِ حِكمةِ الشارعِ أيضًا، فإنَّ السارِقَ لا يُمكنُ الاحتِرازُ منه، فإنَّه يَنقُبُ الدُّورَ ويَهتِكُ الحِرزَ ويَكسِرُ القُفلَ، ولا يُمكنُ لصاحِبِ المَتاعِ الاحتِرازُ بأكثَرَ من ذلك، فلو لم يُشرَعْ قَطعُه لسرَقَ الناسُ بَعضُهم بَعضًا وعَظُمَ الضَّررُ واشتَدَّتِ المِحنةُ بالسُّراقِ، بخِلافِ المُنتهِبِ

(1) «اختلاف الفُقهاء» ص(170).

والمُختلِسِ، فإنَّ المُنتهبَ هو الذي يأخُذُ المالَ جَهرةً بمَرًاىً من الناسِ، فيُمكنُهم أنْ يَأخذوا علىٰ يَدَيه ويُخلِّصوا حَقَّ المَظلومِ أو يَشهَدوا له عندَ الحاكِمِ، وأمَّا المُختلِسُ فإنَّه إنَّما يأخُذُ المالَ علىٰ حينِ غَفلةٍ من مالِكِه وغيرِه، فلا يَخلو من نَوعِ تَفريطٍ يُمكِّنُ به المُختلِسَ من اختِلاسِه، وإلا فمع كَمالِ التَّحفظِ والتَّيقظِ لا يُمكنُه الاختِلاسُ، فليس كالسارِقِ، بل هو بالخائِنِ أشبَهُ، وأيضًا المُختلِسُ إنَّما يأخُذُ المالَ من غيرِ حِرزِ مِثلِه غالِبًا، فإنَّه الذي يُغافِلُك ويَختلِسُ مَتاعَك في حالِ تَخلِّيكَ عنه وغَفلتِك عن حِفظِه، وهذا يُمكنُ الاحتِرازُ منه غالِبًا، فهو كالمُنتهِبِ، وأمَّا الغاصِبُ فالأمرُ فيه ظاهِرٌ، وهو أوْلىٰ بعَدمِ القَطعِ من المُنتهِبِ، ولكنْ يَسوغُ كَفُّ عُدوانِ هؤلاء بالضَّربِ والنَّكالِ والسِّجنِ مُدةً طَويلةً والعُقوبةِ بأخذِ المالِ كما سَيأتي.

فإنْ قيلَ: فقد ورَدَت السُّنةُ بقَطعِ جاحِدِ العاريةِ، وغايَتُه أنَّه خائِنٌ، والمُعيرُ سلَّطَه علىٰ قَبضِ مالِه، والاحتِرازُ منه مُمكنٌ بألَّا يَدفعَ إليه المالَ، فبطَلَ ما ذَكَرتم من الفَرقِ...

قيلَ: لقد صَحَّ الحَديثُ بأنَّ امرأةً كانَت تَستعيرُ المَتاعَ وتَجحَدُه فأمَرَ بها النَّبيُّ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقُطِعت يَدُها، فاختَلفَ الفُقهاءُ في سَببِ القَطعِ، هل كانَ لسَرِقتِها؟ وعرَّفَها الراوي بصِفتِها؛ لأنَّ المَذكورَ هو سَببُ القَطعِ كما يَقولُ الشافِعيُّ وأبو حَنيفةَ ومالِكٌ؟ أو كانَ السَّببُ المَذكورُ هو سَببَ القَطعِ كما يَقولُ أحمدُ ومَن وافَقَه؟ ونحن في هذا المَقامِ لا نَنتصِرُ لمَذهبٍ مُعيَّنٍ ألبَتةَ،

فإنْ كانَ الصَّحيحُ قَولَ الجُمهورِ اندفَعَ السُّؤالُ، وإنْ كانَ الصَّحيحُ هو القَولَ الآخَرَ فمُوافقتُه للقياسِ والحِكمةِ والمَصلحةِ ظاهِرةٌ جِدًّا، فإنَّ العاريةَ من مَصالحِ بَني آدَمَ التي لا بدَّ لهم منها ولا غِنىٰ لهم عنها، وهي واجِبةٌ عندَ حاجةِ المُستعيرِ وضَرورتِه إليها إمَّا بأُجرةٍ أو مَجانًا، ولا يُمكنُ المُعيرَ كلَّ وَقتٍ أنْ يُشهدَ علىٰ العاريةِ، ولا يُمكنُ الاحتِرازُ بمَنعِ العاريةِ شَرعًا وعادةً وعُرفًا، ولا فَرقَ في المَعنىٰ بينَ مَن توصَّل إلىٰ أخْذِ مَتاعِ غيرِه بالسَّرقةِ وبينَ مَن توصَّلَ إليه بالعاريةِ وبجَحْدِها، وهذا بخِلافِ جاحِدِ الوَديعةِ، فإنَّ صاحِبَ المَتاعِ فرَّطَ حيثُ ائتَمَنه[1].

حُكمُ الغَصبِ:

الغَصبُ مُحرَّمٌ بالكِتابِ والسُّنةِ والإجماعِ.

أمَّا بالكِتابِ؛ فقَولُ اللهِ تَعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: 29]، اشتَمَلت الآيةُ علىٰ تَحريمِ التَّسالُبِ والتَّناهُبِ، وإنَّما التِّجارةُ هي التي تَكونُ صادِرةً عن تَراضٍ.

وقَولُه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ١٨٨﴾ [البقرة: 188].

وقَولُه تَعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: 38]، والسَّرقةُ نَوعٌ من الغَصبِ.

---

(1) «إعلام الموقعين» (2/ 80، 82).

وأمَّا بالسُّنةِ فكَثيرٌ:

عن سَعيدِ بنِ زَيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**مَن ظلَمَ من الأرضِ شَيئًا طُوِّقَه من سَبعِ أرضينَ**»[1].

وفي رِوايةٍ أنَّ أروىٰ بِنتَ أُوَيسٍ ادَّعَت علىٰ سَعيدِ بنِ زَيدٍ أنَّه أخَذَ شَيئًا من أرضِها، فخاصَمَته إلىٰ مَروانَ بنِ الحَكمِ، فقالَ سَعيدٌ: «أنا كُنتُ آخُذُ من أرضِها شَيئًا بَعدَ الذي سمِعتُ من رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟! قالَ: وما سمِعتَ من رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قالَ: سمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: مَن أخَذَ شِبرًا من الأرضِ ظُلمًا، طُوِّقَه إلىٰ سَبعِ أرضينَ. فقالَ له مَروانُ: لا أَسألُك بَيِّنةً بعدَ هذا. فقالَ: اللَّهمَّ إنْ كانَت كاذِبةً فعَمِّ بَصرَها، واقتُلْها في أَرضِها. قالَ: فما ماتَت حتىٰ ذهَبَ بَصرُها، ثم بَيْنا هي تَمشي في أرضِها إذْ وقَعَت في حُفرةٍ فماتَت»[2].

وعن مُحمدِ بنِ إبراهيمَ: أنَّ أبا سَلمةَ حدَّثَه: أنَّه كانَت بينَه وبينَ أُناسٍ خُصومةٌ، فذُكِرَ ذلك لعائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، فقالَت: يا أبا سَلمةَ، اجتنِبِ الأرضَ، فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**من ظلَمَ قيدَ شِبْرٍ من الأرضِ طُوِّقَه من سَبعِ أرضينَ**»[3].

---

(1) أخرجه البخاري (2320)، ومسلم (1610).

(2) أخرجه البخاري (3026)، ومسلم (1610).

(3) أخرجه البخاري (2321).

وقـالَ النَّبـيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حَجـةِ الـوَداعِ: «**إنَّ دِمـاءَكم وأَمـوالَكم وأَعراضَكم عليكم حَرامٌ، كحُرمةِ يَـومِكم هـذا، في بَلَـدِكم هـذا، في شَـهرِكم هذا...**»[1].

وقالَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرِئٍ مُسلمٍ إلا بطِيبِ نَفسٍ منه**»[2].

وعن يَعلىٰ بنِ مُرةَ الثَّقفيِّ قالَ: سمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**مَن أَخذَ أَرضًا بغيرِ حَقِّها، كُلِّفَ أنْ يَحملَ تُرابَها إلىٰ المَحشرِ**»[3].

وأمَّا الإجماعُ فقد أَجمَعتِ الأُمةُ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ.

قالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَجمَعَ المُسلِمونَ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ، وأنَّ مَن فعَلَه مُستحِلًّا كانَ كافِرًا، ومَن فعَلَه غيرَ مُستَحِلٍّ كانَ فاسِقًا[4].

وقالَ الإمامُ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعَتِ الأُمةُ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ، قالَ الصَّيمَريُّ: ومَن غصَبَ شَيئًا واعتقَدَ إِباحتَه كفَرَ بذلك، وإنِ اعتقَدَ تَحريمَه فسَقَ بفِعلِه ولم تُقبَلْ شَهادتُه[5].

(1) أخرجه البخاري (1652، 1654، 4141)، ومسلم (1679).

(2) رواه أحمد (20714)، وأبو يعلىٰ في «مسنده» (1570)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (11325).

(3) حَـدِيثُ صَـحِيحٌ: رواه أحمد (17594، 17605)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (22013)، والطبراني في «الكبير» (22/ 270)، رقم (961).

(4) «الحاوي الكبير» (7/ 135).

(5) «البيان» (7/ 9).



وقالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمَعَ أهلُ العِلمِ علىٰ تَحريمِ أموالِ المُسلِمينَ والمُعاهَدينَ بغيرِ حَقٍّ، فالأموالُ مُحرَّمةٌ بالكِتابِ والسُّنةِ والاتِّفاقِ، إلا بطِيبِ نَفسِ المالِكينَ من التِّجاراتِ والهِباتِ والعَطايا وغيرِ ذلك ممَّا دَلَّ علىٰ إباحتِه الكِتابُ والسُّنةُ والاتِّفاقُ[1].

وقالَ الإمامُ اللَّخميُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أخْذُ الأموالِ من غيرِ رِضا أربابِها، من غَصبٍ أو تَعدٍّ أو خِيانةٍ أو اختِلاسٍ أو انتِهابٍ أو سَرقةٍ، مُحرَّمٌ بالكِتابِ والسُّنةِ والإجماعِ[2].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قد تَظاهرَت نُصوصُ الكِتابِ والسُّنةِ، وإجماعُ الأُمةِ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ[3].

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمَعَ المُسلِمونَ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ في الجُملةِ، وإنِ اختَلَفوا في فُروعٍ منه[4].

ونقَلَ غيرُهم الإجماعَ علىٰ تَحريمِ الغَصبِ، وأنَّ تَحريمَه مما لا يَخفىٰ علىٰ أحدٍ من المُسلِمينَ، وأنَّ حُرمتَه من المَعلومِ من الدِّينِ بالضَّرورةِ.

تَأديبُ الغاصِبِ:

قالَ المالِكيةُ: يُؤدَّبُ الغاصِبُ المُميِّزُ ولو صَبيًّا بما يَراه الحاكِمُ لحَقِّ اللهِ ليَتَناهىٰ الناسُ عن حُرماتِ اللهِ تَعالىٰ -ولو عَفا عنه المَغصوبُ منه-

(1) «الإقناع» (2/ 707).
(2) «التبصرة» (10/ 5755).
(3) «روضة الطالبين» (3/ 636).
(4) «المغني» (5/ 139).

بضَربٍ أو سَجنٍ أو بهما، أو مع نَفيٍ؛ فإنَّ الغاصِبَ قد يَكونُ مَشهورًا بذلك ذا بَغيٍ وطُغيانٍ، وقد لا يَكونُ كذلك، وقد يَكونُ كَبيرًا، وقد يَكون صغيرًا، فالحاكِمُ له النَّظرُ في ذلك.

وقيلَ: إنَّ الصَّبيَّ المُميِّزَ لا يُؤدَّبُ؛ لحَديثِ: «**رُفِعَ القَلَمُ عن ثَلاثةٍ**»، فذكَرَ فيهم الصَّبيَّ حتىٰ يَحتلِمَ، ويُرَدُّ بأنْ تَأديبَه لإصلاحِ حالِه، كما يُؤدَّبُ للتَّعليمِ، وكما تُؤدَّبُ الدَّابةُ، لذلك فإنَّ الصَّبيَّ إذا قصَدَ التَّخليطَ في القُرآنِ أو غيرِه عَمدًا ولم يَمتثِلْ بمُجردِ النَّهيِ فلا شَكَّ أنَّه يُؤدَّبُ لصَلاحِ حالِه، فكذا إذا غصَبَ.

ويُؤدَّبُ مَن ادَّعىٰ الغَصبَ أو السَّرقةَ أو نَحوَهما علىٰ صالِحٍ مَشهورٍ بذلك لا يُشارُ إليه بهذا.

وفي «النَّوادِر»: إنَّما يُؤدَّبُ المُدَّعي علىٰ غيرِ المُتَّهمِ بالسَّرقةِ إذا كانَ علىٰ وَجهِ المُشاتَمةِ، أمَّا علىٰ وَجهِ الظُّلامةِ فلا.

وأمَّا مَستورُ الحالِ -وهو الذي لا يُعرفُ بخَيرٍ ولا بشَرٍّ- فلا أدَبَ علىٰ المُدَّعي.

وأمَّا مَن يُشارُ إليه بذلك ولم يُشتَهَرْ به فلا أدَبَ علىٰ المُدَّعي عليه ويَحلِفُ ليَبرأَ، فإنْ نكَلَ حلَفَ المُدَّعي واستحَقَّ، فإنِ اشتُهِرَ بالعَداءِ بينَ الناسِ فإنَّه يَحلِفُ ويُهدَّدُ ويُضرَبُ ويُسجَنُ، فإنِ استمَرَّ علىٰ جُحودِه تُرِكَ وإنِ اعترَفَ بعدَ التَّهديدِ، فهل يُؤخَذُ بإقرارِه أو لا؟ في ذلك ثَلاثةُ أَقوالٍ:

قيلَ: يُؤخذُ بإقرارِه مُطلَقًا، **وقيلَ**: إنْ عيَّنَ الشَّيءَ المُدَّعىٰ به أُخذَ



بِإقرارِه وإلا فلا، والثالِثُ هو المُعتمَدُ وهو قَولُ ابنِ القاسِمِ في «المُدوَّنة»: إنَّه لا يُؤخَذُ بإقرارِه ولو عيَّنَ الشَّيءَ؛ لأنَّه مُكرَهٌ[1].

وُجوبُ رَدِّ المَغصوبِ إلى صاحِبِه وضَمانِه:

المَغصوبُ لا يَخلو من حالاتٍ:

الحالةُ الأُولى: أنْ يَكونَ المَغصوبُ باقيًا بحالِه كما هو:

أجمَعَ أهلُ العِلمِ على أنَّ المَغصوبَ في يَدِ الغاصِبِ مَضمونٌ عليه إلى أنْ يَردَّه على مالِكِه، ويَجبُ عليه رَدُّه إلى مالِكه إنْ كانَ باقيًا بعَينِه؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَأخذْ أحَدُكم مَتاعَ أخيه لاعِبًا أو جادًّا فإذا أخَذَ أحَدُكم عَصا أخيه فليَرُدَّها**»[2]، فإنْ ردَّه كما غصَبَه سقَطَ عنه الضَّمانُ، ولزِمَ المالِكَ قَبولُه.

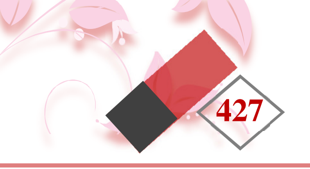
قالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: واتَّفَقوا على أنَّه يَجبُ على الغاصِبِ رَدُّ المَغصوبِ إنْ كانَت عَينُه قائِمةً، ولم يُخَفْ من نَزعِها إتلافُ نَفسٍ[3].

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَن غصَبَ شَيئًا لزِمَه رَدُّه ما كانَ باقيًا بغيرِ خِلافٍ نَعلمُه؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**على اليَدِ ما أخَذَت حتى**

(1) «التاج والإكليل» (4/ 298)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 130)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 157، 158)، و«تحبير المختصر» (4/ 380، 381)، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (8/ 201، 202).

(2) حَدِيثٌ حَسَنٌ: رواه أبي داود (5003)، والترمذي (2160).

(3) «الإفصاح» (2/ 12).



تُؤدِّيه»[1]، ولأنَّ حَقَّ المَغصوبِ منه مُعلَّقٌ بعَينِ مالِه وماليَّتِه، ولا يَتحقَّقُ ذلك إلا برَدِّه[2].

وقالَ أيضًا: المَغصوبُ متىٰ كانَ باقيًا وجَبَ رَدُّه لقَولِ رَسولِ اللهِ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**علىٰ اليَدِ ما أخَذَت حتىٰ تَرُدَّه**» رَواه أبو داودَ وابنُ ماجَه والتِّرمذيُّ، وقالَ: الحَديثُ حَسنٌ، ورَوىٰ عبدُ اللهِ بنُ السائِبِ بنِ يَزيدَ عن أَبيه عن جَدِّه أنَّ النَّبيَّ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قالَ: «**لا يَأخُذْ أحدُكم مَتاعَ صاحِبِه لاعِبًا أو جادًّا، ومَن أخَذَ عَصا أخيه فليَرُدَّها**» رَواه أبو داودَ، يَعني أنَّه يَقصدُ المَزحَ مع صاحِبِه بأخْذِ مَتاعِه وهو جادٌّ في إدخالِ الغَمِّ والغَيظِ عليه، ولأنَّه أَزالَ يَدَ المالِكِ عن مِلكِه بغيرِ حَقٍّ فلزِمَه إعادتُها.

وأجمَعَ العُلماءُ علىٰ وُجوبِ رَدِّ المَغصوبِ إذا كانَ باقيًا بحالِه لم يَتغيَّرْ ولم يَشتغِلْ بغيرِه، فإنْ غصَبَ شَيئًا فبَعَّدَه لزِمَه رَدُّه، وإنْ غرِمَ عليه أَضعافَ قيمَتِه؛ لأنَّه جَنىٰ بتَبعيدِه فكانَ ضَررُ ذلك عليه[3].

وقالَ الإمامُ ابنُ القَطانِ الفاسيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: واتَّفقَ الجَميعُ علىٰ أنَّ علىٰ الغاصِبِ رَدَّ ما في يَدِه لغيرِه إذا كانَ بحالتِه لم يَنتقِصْ عن هَيئتِه بنَقصٍ دخَلَه[4].

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: تقدَّمَ.

(2) «المغني» (5/ 139)، ويُنْظَر: «بدائع الصنائع» (7/ 148)، و«المعونة» (2/ 189)، و«البيان» (7/ 10، 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 171)، و«مغني المحتاج» (3/ 289)، و«شرح الزركشي» (2/ 282).

(3) «المغني» (5/ 163).

(4) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1588)، رقم (3105).





الحالةُ الثانيةُ: أنْ تَنقُصَ قيمةُ المَغصوبِ بدونِ حُدوثِ شَيءٍ فيه:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ -إلا أَبا ثَورٍ- علىٰ أنَّ العَينَ المَغصوبةَ إذا نقَصَت قيمَتُها من حينِ الغَصبِ إلىٰ حينِ الرَّدِّ لكَسادِها لا لنَقصٍ حدَثَ فيها كانَت قيمَتُها يومَ الغَصبِ ألفَ دِينارٍ، ويَومَ الرَّدِّ خَمسَمِئةٍ فإنَّه لا يَجبُ علىٰ الغاصِبِ ضَمانُ ما نقَصَ من قيمَتِه؛ لأنَّ الغاصِبَ يَضمَنُ ما غصَبَ، والقيمةُ لا تَدخلُ في الغَصبِ؛ لأنَّه لا حَقَّ للمَغصوبِ منه في القيمةِ مع بَقاءِ العَينِ، وإنَّما حَقُّه في العَينِ، والعَينُ باقيةٌ كما كانَت فلم يَلزَمْه شَيءٌ.

قالَ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وبهذا قالَ مالِكٌ وأَبو حَنيفةَ وجَميعُ العُلماءِ إلا أَبا ثَورٍ، فإنَّه قالَ: يَجبُ عليه رَدُّها ورَدُّ ما نقَصَ من قيمَتِها لرُخصِها.

دَليلُنا: أنَّه رَدَّ العَينَ ولم يَنقُصْ منها عَينٌ ولا أثَرٌ فلم يَجِبْ عليه ضَمانُ شَيءٍ من قيمَتِها، كما لو لم تَنقُصْ قيمَتُها في السُّوقِ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وليس علىٰ الغاصِبِ ضَمانُ نَقصِ القيمةِ الحاصِلِ بتَغيرِ الأَسعارِ، نَصَّ عليه أَحمدُ، وهو قَولُ جُمهورِ العُلماءِ.

وحُكيَ عن أبي ثَورٍ أنَّه يَضمنُه؛ لأنَّه يَضمنُه إذا تلِفَت العَينُ فيَلزَمُه إذًا رَدُّها كالسِّمَنِ.

ولنا: أنَّه رَدَّ العَينَ بحالِها لم يَنقُصْ منها عَينٌ ولا صِفةٌ فلم يَلزَمْه شَيءٌ كما لو لم تَنقُصْ، ولا نُسلِّمُ بأنَّه يَضمَنُها مع تَلفِ العَينِ.

(1) «البيان» (7/ 12)، و«المهذب» (1/ 367).

وإنْ سلَّمنا فلأنَّه وجَبَت قيمةُ العَينِ أكثَرَ ما كانَت قيمَتُها فدخَلَت في التَّقويمِ، بخِلافِ ما إذا رَدَّها؛ فإنَّ القيمةَ لا تَجبُ، ويُخالِفُ السِّمَنَ فإنَّه من عَينِ المَغصوبِ، والعِلمُ بالصِّناعةِ صِفةٌ فيها، وههنا لم تَذهَبْ عَينٌ ولا صِفةٌ، ولأنَّه لا حَقَّ للمَغصوبِ منه في القيمةِ مع بَقاءِ العَينِ، وإنَّما حَقُّه في العَينِ، وهي باقيةٌ كلُّها كما كانَت، ولأنَّ الغاصِبَ يَضمَنُ ما غصَبَ، والقيمةُ لا تَدخلُ في الغَصبِ، بخِلافِ زِيادةِ العَينِ، فإنَّها مَغصوبةٌ وقد ذهَبَت[1].

والمَشهورُ عندَ المالِكيةِ أنَّ النَّقصَ لأجْلِ الأَسواقِ في بابِ الغَصبِ غيرُ مُعتبَرٍ بخِلافِه في بابِ التَّعدِّي فإنَّه مُعتبَرٌ، والمَعنىٰ أنَّ مَن غصَبَ دابةً مَثلًا ثم وجَدَها رَبُّها وقد نقَصَت أَسواقُها فإنَّه يَأخُذُها ولا شَيءَ له علىٰ الغاصِبِ، وسَواءٌ طالَ زَمانُها عندَ الغاصِبِ أو لا، فإنْ زادَت للأَسواقِ عندَ الغاصِبِ فلا كَلامَ لرَبِّها من بابِ أَوْلىٰ، وإنْ كانَت نقَصَت في بَدنِها فلرَبِّها أنْ يُغرِّمَ الغاصِبَ قيمَتَها يَومَ الغَصبِ بخِلافِ بابِ التَّعدِّي، فإنَّ رَبَّها إذا وجَدَها وقد نقَصَت في أَسواقِها فله أنْ يُضمِّنَ المُتعدِّيَ قيمَتَها يَومَ تَعدَّىٰ عليها؛ لأنَّه حبَسَها عن أَسواقِها.



ومِن «المُدوَّنة»: ما اغتَصَبه غاصِبٌ فأدرَكَه رَبُّه بعَينِه لم يَتغيَّرْ في بَدنِه فليس له غيرُه، ولا يُنظرُ إلىٰ نَقصِ قيمَتِه باختِلافِ سُوقِه طالَ زَمانُ ذلك سِنينَ أو كانَ ساعةً واحِدةً، إنَّما يُنظرُ إلىٰ تَغيُّرِ بَدنِه.

---

(1) «المغني» (5/ 151، 152)، و«المبدع» (5/ 165)، و«تحبير المختصر» (4/ 397).

قالَ مالِكٌ: وهو بخِلافِ المُتعدِّي في حَبسِ الدابةِ من مُكتَرٍ أو مُستعيرٍ يَأتي بها أحسَنَ حالًا، فرَبُّها مُخيَّرٌ في أخذِ الكِراءِ أو أنْ يُضمِّنَه القيمةَ يَومَ التَّعدِّي؛ لأنَّه حبَسَها عن أسواقِها، إلا في الحَبسِ اليَسيرِ لا تَتغيرُ في مِثلِه في سُوقٍ أو بدنٍ.

قالَ ابنُ القاسِمِ: كلُّ ما أَصلُه أَمانةٌ فتَعدَّىٰ فيه بإكراهٍ أو ركِبَه من وَديعةٍ أو عاريةٍ أو كِراءٍ فهذا سَبيلُه، وهو بخِلافِ الغاصِبِ.

ابنُ يُونسَ: القِياسُ أنَّه لا فَرقَ بينَهما في هذا الوَجهِ، ولا يَكونُ الغاصِبُ أحسَنَ حالًا من المُتعدِّي، وكما كانَ يَضمَنُ في النَّقضِ اليَسيرِ فكذلك يَجبُ أنْ يَضمنَ في نَقصِ السُّوقِ.

وقد نَحا ابنُ القاسِمِ إلىٰ المُساواةِ بينَهما لولا خَوفُ مُخالفةِ الإمامِ مالِكٍ[1].

الحالةُ الثالِثةُ: أنْ تَنقُصَ العَينُ المَغصوبةُ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في العَينِ المَغصوبةِ إذا حدَثَ بها عَيبٌ عندَ الغاصِبِ ولم تَتلَفْ بالكُليةِ، هل يَردُّه الغاصِبُ وأَرشَ نَقصِه أو يَكونُ صاحِبُه مُخيَّرًا بينَ تَسليمِه للغاصِبِ وأخْذِ قيمَتِه وبينَ إمساكِه وأخْذِ أَرشِه؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّ المَغصوبَ المَنقولَ غيرَ الرِّبويِّ إذا نقَصَ في يَدِ

---

(1) يُنظَر: «المدونة الكبرىٰ» (9/ 69)، و«التاج والإكليل» (4/ 317، 318)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 141)، و«تحبير المختصر» (4/ 397، 398).

الغاصِبِ فعليه ضَمانُ النُّقصانِ؛ لأنَّه دخَلَ في ضَمانِه بجَميعِ أَجزائِه، فما تَعذَّرَ رَدُّ عَينِه منها وجَبَ رَدُّ قيمَتِه.

وضَمانُ النُّقصانِ من حيثُ فَواتُ الجُزءِ لا من حيثُ السِّعرُ؛ لأنَّه عِبارةٌ عن فُتورِ الرَّغباتِ دونَ فَواتِ الجُزءِ، وأمَّا الرِّبويُّ فلا يُمكنُ فيه ضَمانُ النُّقصانِ مع استِردادِ الأَصلِ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلىٰ الرِّبا.

وأمَّا إذا تَغيَّرَ في يَدِ الغاصِبِ تَغيُّرًا يَسيرًا كما لو خرَقَ الثَّوبَ خَرقًا يَسيرًا فإنَّه يَضمَنُ نُقصانَه فقط، والثَّوبُ لمالِكِه؛ لأنَّ العَينَ قائِمةٌ من كلِّ وَجهٍ، وإنَّما دخَلَه عَيبٌ فيَضمَنُ العَيبَ.

وأمَّا إنْ كانَ التَّغيُّرُ كَثيرًا بأنْ خرَقَه خَرقًا كَثيرًا بحيث يُبطِلُ عامَّةَ منافِعِه فلمالِكِه الخيارُ بينَ أنْ يُضمِّنَه جَميعَ قيمَتِه؛ لأنَّه استِهلاكٌ له من هذا الوَجهِ، وإذا ضمِنَ قيمَتَه ملَكَه؛ لأنَّ صاحِبَه لمَّا ملَكَ القيمةَ ملَكَ الغاصِبُ بدَلَها، حتىٰ لا يَجتمِعَ في مِلكِ المَغصوبِ منه البَدَلانِ.

وإنْ شاءَ صاحِبُ الثَّوبِ ضمَّنَه النُّقصانَ؛ لأنَّه لم يَستهلِكْه استِهلاكًا تامًّا ولا اتَّصلَ بزِيادةٍ، والمُماثلةُ فيه غيرُ مُعتبَرةٍ، فلهذا جازَ أنْ يُضمِّنَه النُّقصانَ ويأخُذَه، ولأنَّه تعَيَّبَ من وَجهٍ؛ لبَقاءِ العَينِ وبَعضِ المَنافعِ.

واختَلفَ المُتأخِّرونَ في الخَرقِ الفاحِشِ، قالَ بَعضُهم: هو ما أوجَبَ نُقصانَ رُبعِ القيمةِ، وما دونَه يَسيرٌ، وقالَ بعضُهم: ما أوجَبَ نُقصانَ نِصفِ القيمةِ، وقيلَ: ما لا يَصلحُ الباقي بعدَه لثَوبٍ.

وفي «الهِداية» إشارةُ الكِتابِ إلىٰ أنَّ الفاحِشَ ما يَبطُلُ به عامَّةُ المنافِعِ، والصَّحيحُ أنَّه ما يَفوتُ به بعضُ العَينِ وبعضُ المَنفعةِ، واليَسيرُ ما لا يَفوتُ به شَيءٌ من المَنفَعةِ، وإنَّما يَدخلُ فيه النُّقصانُ.

وفي «المُحيط»: الفاحِشُ ما يَستنكِفُ أَوساطُ الناسِ من لُبسِه مع ذلك[1].

وقالَ المالِكيةُ: مَن غصَبَ شَيئًا فتعَيَّب عندَ الغاصِبِ بأمرٍ سَماويٍّ قَليلًا كانَ أو كَثيرًا فإنَّ رَبَّه يُخيَّرُ بينَ أنْ يُضمِّنَ الغاصِبَ قيمَتَه يَومَ الغَصبِ أو يَأخُذَه مَعيبًا ولا شَيءَ له.

وكذا إذا نقَصَ بسَببِ جِنايةِ الغاصِبِ أو أجنَبيٍّ، إلا أنَّ الغاصِبَ إذا جَنىٰ علىٰ الشَّيءِ المَغصوبِ أو جَنىٰ عليه أجنَبيٌّ فإنَّ المالِكَ يُخيَّرُ في جِنايةِ الغاصِبِ بينَ أخذِ قيمَتِه يَومَ الغَصبِ أو أخذِ المَعيبِ مع ما نقَصَه بحُكمِ التَّعدِّي، وهو أَرشُ النَّقصِ.

وفي جِنايةِ الأَجنبيِّ فإنَّ المالِكَ يُخيَّرُ بينَ تَضمينِ الغاصِبِ القيمةَ، وأنْ يَتَّبعَ الغاصِبَ الجانِيَ بأَرشِ الجِنايةِ، أو أخذِ شَيئِه ويَتَّبعَ الجانِيَ بأَرشِ الجِنايةِ، وليس له أَخذُ شَيئِه واتِّباعُ الغاصِبِ بأَرشِ الجِنايةِ[2].

---

(1) «الهداية» (4/ 16، 17)، و«العناية» (13/ 374، 375)، و«الاختيار» (3/ 78)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 123، 126)، و«اللباب» (1/ 632، 633)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 122).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 319)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 142)، و«القوانين الفقهية» (1/ 217)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 177)، و«تحبير المختصر» (4/ 399).



وقالَ القاضِي عَبدُ الوَهابِ المالِكيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الجِنايةُ علىٰ ضَربَينِ:

جِنايةٌ تُبطِلُ يَسيرًا من المَنفعةِ وجُلُّها من السِّلعةِ باقٍ فهذا يَجبُ فيه ما نقَصَ: وذلك بأنْ تُقوَّمَ وَقتَ الجِنايةِ صَحيحةً وتُقوَّمَ بالجِنايةِ، فيَلزمَ الجانيَ ما بينَ القيمَتينِ، وإنَّما قُلنا ذلك لأنَّ الذي يَلزمُه بَدلُ ما أتلَفَ، والإتلافُ إنَّما يَكونُ لهذا القَدرِ من المَنافعِ، فلم يَضمَنْ ما زادَ عليه.

والضَّربُ الآخَرُ: جِنايةٌ تُبطِلُ الغَرضَ المَقصودَ من الشَّيءِ، والذي له يُرادُ، وإنْ بَقيَت فيه مَنافعُ تابِعةٌ غيرُ مَقصودةٍ: فهذا يَكونُ صاحِبُه مُخيَّرًا إنْ شاءَ أخَذَ ما بينَ قيمَتِه صَحيحًا ومَعيبًا، وإنْ شاءَ أسلَمَه وأخَذَ قيمَتَه، مِثلَ أنْ يَكونَ لرَجلٍ عَبدٌ يُريدُه لبَعضِ المَنافعِ، فيَتعَدَّىٰ عليه رَجلٌ يَقطعُ يَدَه أو يُعميه، فيَبطلَ عليه الغَرضُ الذي له يُرادُ في العادةِ، وكذلك المَركوبُ الذي يُرادُ للجَمالِ والرُّكوبِ تُقطَعُ أُذنُه أو ذَنَبُه فيَبطُلُ الغَرضُ المَقصودُ منه، وإنْ كانَ يَبقىٰ فيه استِعمالُه في الحَملِ ونَقلِ التُّرابِ أو ما أشبَهَ ذلك، وإنَّما قُلنا ذلك لأنَّه قد أتلَفَ علىٰ المالِكِ المَنفَعةَ المَقصودةَ من السِّلعةِ فلزِمَه قيمَتُها اعتِبارًا بإتلافِ عَينِها؛ لأنَّ بَقاءَ العَينِ مع إتلافِ الغَرضِ المَقصودِ منها مَنعٌ من الانتِفاعِ بها فيما يُقصَدُ منها، فكانَ كإتلافِ عَينِها[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّ العَينَ المَغصوبةَ إذا حصَلَ بها عَيبٌ عندَ الغاصِبِ بأنْ كانَ ثَوبًا فخرَقَه أو طَعامًا سَوَّسَ أو بِناءً خُرِّبَ ونَحوَ

(1) «المعونة» (2/ 189)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 119، 120)، رقم (976).





ذلك، فإنَّه يَجبُ عليه رَدُّه علىٰ صاحِبِه، ويَغرَمُ قيمةَ أَرشِ النَّقصِ الذي حدَثَ عندَه؛ لأنَّها جِنايةٌ علىٰ مالٍ، أَرشُها دونَ قيمَتِها، فلم يَملِكِ المُطالَبةَ بجَميعِ قيمَتِها، كما لو كانَ الشِّقُّ يَسيرًا، ولأنَّها جِنايةٌ تَنقُصُ بها القيمةُ فأشبَهَ ما لو لم يَتلَفْ غَرضُ صاحِبِها، وفي الشاةِ تَلفُ جَميعِها؛ لأنَّ الاعتِبارَ في الإتلافِ بالمَجنيِّ عليه لا بغَرضِ صاحِبِه؛ لأنَّ هذا إنْ لم يَصلُحْ لهذا صلَحَ لغيرِه[1].

الحالةُ الرابِعةُ: أنْ تَتلفَ العَينُ المَغصوبةُ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ علىٰ أنَّ العَينَ المَغصوبةَ -غيرَ العَقارِ- إذا تلِفَت عندَ الغاصِبِ فإنَّه يَضمنُها، وهي لا تَخلو إمَّا أنْ تَكونَ من ذَواتِ الأَمثالِ، أو من غيرِ ذَواتِ الأَمثالِ:

أ- أنْ تَكونَ العَينُ المَغصوبةُ التالِفةُ من ذَواتِ الأَمثالِ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ العَينَ المَغصوبةَ إذا تلِفَت عندَ الغاصِبِ بأيِّ سَببٍ كانَ فإنَّه يَجبُ عليه مِثلُها إنْ كانَت من ذَواتِ الأَمثالِ؛ لقَولِ اللهِ تَعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: 194]، ولأنَّه لمَّا تَعذَّرَ رَدُّ العَينِ وجَبَ رَدُّ ما يَقومُ مَقامَها في الماليةِ، ولأنَّ المِثلَ أقرَبُ إليه من القيمةِ، وهو مُماثِلٌ له من طَريقِ الصُّورةِ والمُشاهدةِ والمَعنىٰ، والقيمةُ مُماثِلةٌ عن طَريقِ الظَّنِّ والاجتِهادِ، فكانَ ما طَريقُه

---

(1) «البيان» (7/ 14)، و«المغني» (5/ 144).

المُشاهَدةُ مُقدَّمًا، كما يُقدَّمُ النَّصُّ علىٰ القياسِ؛ لكَونِ النَّصِّ طَريقُه الإِدراكُ بالسَّماعِ، وكَونِ القياسِ طَريقُه الظَّنُّ والاجتِهادُ.

قالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: كلُّ مَطعومٍ من مَأكولٍ أو مَشروبٍ فمُجمَعٌ علىٰ أنَّه يَجبُ علىٰ مُستهلِكِه مِثلُه لا قيمَتُه[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ بَطّالٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: واتَّفقَ مالِكٌ والكُوفيُّونَ والشافِعيُّ وأبو ثَورٍ فيمَن استَهلَكَ ذَهبًا أو وَرِقًا أو طَعامًا مَكيلًا أو مَوزونًا فعليه مِثلُ ما استَهلَكَ في صِفتِه ووَزنِه وكَيلِه، وقالَ مالِكٌ: وفَرَّقَ بينَ الذَّهبِ والفِضةِ والطَّعامِ وبينَ الحَيوانِ والعُروضِ العَملُ المَعمولُ به. قالَ ابنُ المُنذرِ: ولا أعلَمُ في هذه المَسألةِ خِلافًا[2].

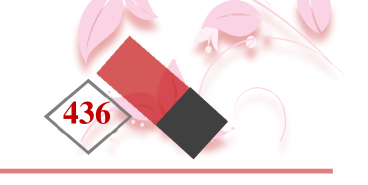
وقالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: واتَّفَقوا علىٰ أنَّ المَكيلَ والمَوزونَ إذا غُصبَ وتلِفَ ضُمنَ بمِثلِه إذا وُجدَ مِثلُه، إلا في إحدىٰ الرِّوايتَينِ عن أحمدَ أنَّه يَضمنُه بقيمَتِه[3].

---

(1) «التمهيد» (14/ 288)، ويُنْظَر: «الجوهرة النيرة» (4/ 117)، و«اللباب» (1/ 629)، و«مختصر الوقاية» (2/ 137)، و«الاختيار» (3/ 74)، و«المعونة» (2/ 188)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 163)، و«شرح ميارة» (2/ 177)، و«تحبير المختصر» (4/ 383، 384)، و«المبدع» (5/ 181)، و«روضة الطالبين» (3/ 648، 650)، و«مغني المحتاج» (3/ 297)، و«النجم الوهاج» (5/ 182).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 610)، ويُنْظَر: «عمدة القاري» (13/ 37).

(3) «الإفصاح» (2/ 12).



وقالَ ابنُ القَطَّانِ الفاسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفَقوا علىٰ أنَّ عليه رَدَّ مِثلِه إذا كانَ المِثلُ مَوجودًا[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما تَماثَلُ أَجزاؤُه وتَقارَبُ صِفاتُه كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ والحُبوبِ والأَدهانِ ضُمِنَ بمِثلِه بغيرِ خِلافٍ[2].

وقالَ أيضًا: وأمَّا سائِرُ المَكيلِ والمَوزونِ فظاهِرُ كَلامِ أَحمدَ أنَّه يُضمَنُ بمِثلِه أيضًا، فإنَّه قالَ في رِوايةِ حَربٍ وإبراهيمَ بنِ هانِئٍ: ما كانَ من الدَّراهمِ والدَّنانيرِ وما يُكالُ ويُوزنُ فعليه مِثلُه دونَ القيمةِ. فظاهِرُ هذا وُجوبُ المِثلِ في كلِّ مَكيلٍ ومَوزونٍ، إلا أنْ يَكونَ ممَّا فيه صِناعةٌ كمَعمولِ الحَديدِ والنُّحاسِ والرَّصاصِ من الأَواني والآلاتِ ونَحوِها، والحُليِّ من الذَّهبِ والفِضةِ وشِبهِهِما، والمَنسوجِ من الحَريرِ والكَتَّانِ، والقُطنِ والصُّوفِ والشَّعرِ والمَغزولِ من ذلك، فإنَّه يَضمنُ بقيمَتِه؛ لأنَّ الصِّناعةَ تُؤثِّرُ في قيمَتِه، وهي مُختلفةٌ، فالقيمةُ فيه أحصَرُ، فأشبَهَ غيرَ المَكيلِ والمَوزونِ.

وذكَرَ القاضِي أنَّ النَّقرةَ والسَّبيكةَ من الأَثمانِ، وتُضمَنُ العِنبُ والرُّطبُ والكُمَّثْرىٰ بقيمَتِها، وظاهِرُ كَلامِ أَحمدَ يَدلُّ علىٰ ما قُلنا، وإنَّما خرَجَ منه ما فيه الصِّناعةُ لمَا ذَكَرنا، ويَحتمِلُ أنْ يَضمنَ النَّقرةَ بقيمَتِها لتَعذُّرِ وُجودِ مِثلِها، إلا بتَكسيرِ الدَّراهمِ المَضروبةِ وسَبكِها، وفيه إتلافٌ، فعلىٰ هذا إنْ كانَ المَضمونُ بقيمَتِه من جِنسِ الأَثمانِ وجَبَت قيمَتُه من غالِبِ نَقدِ البَلَدِ،

---

(1) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1590)، رقم (3106).

(2) «المغني» (5/ 140)، و«منار السبيل» (2/ 251).

فإنْ كانَت من غيرِ جِنسِه وجَبَت بكلِّ حالٍ، وإنْ كانَت من جِنسِه فكانَت مَوزونةً وجَبَت قيمَتُه، وإنْ كانَت أقَلَّ أو أكثَرَ قُوِّم بغيرِ جِنسِه؛ لئلَّا يُؤدِّيَ إلىٰ الرِّبا، وقالَ القاضِي: إنْ كانَت فيه صِناعةٌ مُباحةٌ فزادَت قيمَتُه من أَجلِها جازَ تَقويمُه بجِنسِه؛ لأنَّ ذلك قيمَتُه، والصِّناعةُ لها قيمةٌ، وكذلك لو كسَرَ الحُليَّ وجَبَ أَرشُ كَسرِها، ويُخالِفُ البَيعَ؛ لأنَّ الصِّناعةَ لا يُقابِلُها العِوضُ في العُقودِ ويُقابِلُها في الإتلافِ، ألَا تَرىٰ أنَّها لا تَنفرِدُ بالعَقدِ وتَنفرِدُ بضَمانِها بالإتلافِ؟

قالَ بعضُ أَصحابِ الشافِعيِّ: هذا مَذهبُ الشافِعيِّ، وذكَرَ بعضُهم مِثلَ القَولِ الأولِ، وهو الذي ذكَرَه أَبو الخَطابِ؛ لأنَّ القيمةَ مَأخوذةٌ علىٰ سَبيلِ العِوضِ، فالزِّيادةُ فيه رِبًا كالبَيعِ والنَّقصِ، وقد قالَ أَحمدُ في رِوايةِ ابنِ مَنصورٍ: إذا كسَرَ الحُلِيَّ يُصلحُها أحَبُّ إلَيَّ.



قالَ القاضِي: وهذا مَحمولٌ علىٰ أنَّهما تَراضَيا بذلك، لا أنَّه علىٰ طَريقِ الوُجوبِ، وهذا فيما إذا كانَت الصِّناعةُ مُباحةً، فإنْ كانَت مُحرَّمةً كالأَواني وحُليِّ الرِّجالِ لم يَجزْ ضَمانُه بأكثَرَ من وَزنِه وَجهًا واحِدًا؛ لأنَّ الصِّناعةَ لا قيمةَ لها شَرعًا فهي كالمَعدومةِ[1].

قالَ المالِكيةُ: الغاصِبُ إذا غصَبَ مِثليًّا مَكيلًا أو مَوزونًا أو مَعدودًا فعيَّبَه أو أتلَفَه فإنَّه يَضمَنُ مِثلَه، ولو كانَ المِثليُّ وَقتَ الغَصبِ غاليًا ووَقتَ القَضاءِ به رَخيصًا علىٰ المَشهورِ.

(1) «المغني» (5/ 140).

وقالَ اللَّخميُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بل عليه قيمَتُه يَومَ الغَصبِ؛ لأنَّ الغاصِبَ أحَقُّ بالحَملِ عليه، تَخريجًا علىٰ القَولِ بأنَّ الغاصِبَ يُغرَّمُ أعلىٰ القِيَمِ[1].

الحُكمُ إذا انقطَعَ المِثليُّ في أيدي النَّاسِ:

قالَ الحَنفيَّةُ: إذا غصَبَ مِثليًّا في حِينِه وأوانِه، وانقطَعَ عن أيدي الناسِ، ولم يَقدِرْ علىٰ مِثلِه:

فيَجبُ عليه قيمَتُه يَومَ يَختَصِمون **عندَ الإمامِ أَبي حَنيفةَ**؛ لأنَّ المِثلَ ثابِتٌ في ذِمتِه بعدَ انقِطاعِه، بِدلالةِ أنَّه لو لم يُطالِبْه به حتىٰ وُجدَ المِثلُ كانَ له أنْ يُطالِبَه به، وإنَّما يَنتقِلُ من المِثلِ إلىٰ القيمةِ يَومَ الخُصومةِ، فوجَبَ أنْ تُعتبَرَ قيمَتُه يَومَئذٍ.

وقالَ الإمامُ أَبو يُوسفَ: يَجبُ عليه قيمَتُه يَومَ الغَصبِ؛ لأنَّه لَمَّا انقطَعَ التحَقَ بما لا مِثلَ له، فتُعتبَرُ قيمَتُه يَومَ انعِقادِ السَّببِ؛ إذْ هو المُوجبُ، أَصلُه إذا غصَبَ ما لا مِثلَ له.

وقالَ مُحمدٌ وزُفرُ: آخِرُ ما انقطَعَ عن أَيدي الناسِ؛ لأنَّ المِثلَ كانَ في ذِمتِه إلىٰ أنْ يَنقطِعَ، فلمَّا انقطَعَ سقَطَتِ المُطالَبةُ بالمِثلِ، وصارَ كأنَّه غصَبَ في ذلك الوَقتِ ما لا مِثلَ له[2].

---

(1) «التاج والإكليل» (4/ 304)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 163)، و«تحبير المختصر» (4/ 383، 384).

(2) «الهداية» (4/ 12)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 118)، و«اللباب» (1/ 630)، و«مختصر الوقاية» (2/ 138)، و«الاختيار» (3/ 74)).

وقالَ المالِكيةُ في المَشهورِ: المَغصوبُ منه إذا تَعذَّرَ عليه وُجودُ المِثلِ فإنَّه يَجبُ عليه أنْ يَصبِرَ لوُجودِ الشَّيءِ المَغصوبِ، بأنْ كانَ للمِثلِ إبَّانٌ فانقطَعَ، فيَجبُ عليه أنْ يَصبِرَ إلىٰ أنْ يُوجَدَ.

وقالَ أشهَبُ: رَبُّه مُخيَّرٌ بينَ أنْ يَصبِرَ حتىٰ يُوجدَ المِثليُّ وبينَ أنْ يَأخُذَه بالقيمةِ الآنَ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: إذا تَعذَّرَ وُجودُ المِثلِ في البَلدِ أو حَوالَيه فعليه قيمةُ المِثلِ؛ لأنَّه لمَّا تَعذَّرَ المِثلُ أشبَهَ ما لا مِثلَ له بالكُليةِ.

وقيلَ: قيمةُ المَغصوبِ.

ولو وُجدَ المِثلُ بعدَ أخذِ القِيمةِ فليسَ لأَحدِهما رَدُّها وطَلَبُه في **الأصحِّ**.

وللمَغصوبِ منه أنْ يَصبِرَ حتىٰ يُوجدَ المِثلُ، ولا يُكلَّفُ أخْذَ القيمةِ؛ لأنَّها لم تَتعيَّنْ بخِلافِ غيرِها من الدُّيونِ إذا دفَعَها وهي في ذِمتِه وامتنَعَ صاحِبُ الحَقِّ من قَبضِها حيثُ يُجبَرُ.

والأصَحُّ أنَّ المُعتبَرَ أقصىٰ قِيَمِ المِثلِ من وَقتِ الغَصبِ إلىٰ تَعذُّرِ المِثلِ؛ لأنَّ وُجودَ المِثلِ كبَقاءِ عَينِ المَغصوبِ؛ لأنَّه كانَ مَأمورًا برَدِّه كما كانَ مَأمورًا برَدِّ المَغصوبِ، فإذا لم يَفعَلْ غرِمَ أقصىٰ قيمةِ المُدَّتَينِ، كما أنَّ المُتقوَّماتِ تُضمَنُ بالأَقصىٰ لهذا المَعنىٰ.

(1) «التاج والإكليل» (4/ 304)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 163)، و«تحبير المختصر» (4/ 384).



ومُقابِلُ الأصَحِّ أحَدَ عَشرَ وَجهًا، **قيلَ**: تُضمَنُ قيمةُ يَومِ المُطالَبةِ، **وقيلَ**: قيمةُ يَومِ التَّلفِ، **وقيلَ**: قيمةُ يَومِ فَقدِ المِثلِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: إنْ كانَ المَغصوبُ من المِثليَّاتِ فتلِفَ وجَبَ عليه رَدُّ مِثلِه، فإنْ فُقدَ المِثلُ في البَلدِ أو حَولَه لعُدمٍ أو بُعدٍ أو غَلاءٍ فعلىٰ الغاصِبِ قيمَتُه؛ لأنَّها أحَدُ البَدلَينِ، فوجَبَ عندَ تَعذُّرِ أصلِه كالآخَرِ، وتَكونُ يَومَ انقِطاعِ المِثلِ؛ لأنَّ القيمةَ وجَبَت في الذِّمةِ حينَ انقِطاعِ المِثلِ فاعتُبِرت القيمةُ حينَئذٍ كتَلفِ المُتقوَّمِ.

وقالَ القاضِي: تَجبُ قيمَتُه يَومَ انقِطاعِ البَدلِ؛ لأنَّ الواجِبَ المِثلُ إلىٰ حينِ قَبضِ البَدلِ؛ بدَليلِ أنَّه لو وُجدَ المِثلُ بعدَ فَقدِه لكانَ الواجِبُ دونَ القيمةِ.

ولو قدِرَ الغاصِبُ علىٰ المِثلِ بعدَ تَعذُّرِه قبلَ أَداءِ القيمةِ لا بعدَه لزِمَه المِثلُ؛ لأنَّه الأَصلُ، وقد قدِرَ عليه قبلَ أَداءِ البَدلِ، حتىٰ ولو كانَ ذلك بعدَ الحُكمِ عليه بأَداءِ القيمةِ، كالمَأمورِ بالتَّيممِ عندَ ضِيقِ الوَقتِ وفَقدِ الماءِ إذا قدِرَ عليه قبلَ انقِضاءِ الصَّلاةِ.

وإنْ قدِرَ علىٰ المِثلِ بعدَ أَداءِ القيمةِ لم يَردَّ القيمةَ ليأخُذَ المِثلَ؛ لأنَّه استقَرَّ البَدلُ، كمَن وجَدَ الماءَ بعدَ الصَّلاةِ[2].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 650)، و«كنز الراغبين» (3/ 75)، و«النجم الوهاج» (5/ 184، 185)، و«مغني المحتاج» (3/ 298، 299)، و«الديباج» (2/ 388).

(2) «المغني» (5/ 162)، و«كشاف القناع» (4/ 131، 132)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 159، 160)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 53).



ب- أنْ تكونَ العَينُ المَغصوبةُ التالِفةُ من غيرِذَواتِ الأَمثالِ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ -إلا العَنبريَّ- علىٰ أنَّ العَينَ المَغصوبةَ إذا كانَت من غيرِ ذَواتِ الأَمثالِ، وجَبَ علىٰ الغاصِبِ قيمَتُها، **قالَ العِمرانيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: وهو قَولُ جَميعِ العُلماءِ[1]؛ لمَا رُويَ: أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: **«مَن أعتَقَ شِركًا له في عَبدٍ، فكانَ لـه مـالٌ يَبلـغُ ثَمنَ العَبدِ، قُوِّمَ العَبدُ قيمةَ عَدلٍ، فأعطَىٰ شُركاءَه حِصَصَهم، وعتَقَ عليه، وإلا فقد عتَقَ منه ما عتَقَ»**[2]، فأمَرَ بتَقويمِ نَصيبِ الشَّريكِ وهو مُتلَفٌ بالعِتقِ، ولم يأمُرْه بمِثلِه من عَبدٍ.

ولأنَّ الأَشياءَ التي لا تَتساوَىٰ أَجزاؤُها، وتَتبايَنُ صِفاتُها، لا يُمكِنُ إيجابُ المِثلِ فيها لاختِلافِها، فكانَت القيمةُ فيها أَوْلىٰ.

وأمَّا القَصعةُ -الآتي ذِكرُها- فمَحمولةٌ علىٰ أنَّه جوَّزَ ذلك بالتَّراضي، وقد عُلِمَ أنَّها تَرضىٰ بذلك.

وحُكيَ عن عُبيدِ اللهِ بنِ الحَسنِ العَنبَريِّ: أنَّه قالَ: يَجبُ عليه مِثلُه من طَريقِ الضَّرورةِ؛ لمَا رُويَ عَن جَسرةَ بِنتِ دِجاجةَ، قالَت: قالَت عائِشةُ: **«مَا رَأيتُ صَانِعًا طَعامًا مِثلَ صَفيةَ، صنَعَت لرَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَعامًا فبعَثَت به فأخَذَني أَفكَلٌ فكسَرتُ الإناءَ، فقُلتُ: يا رَسولَ اللهِ، ما كَفارةُ ما صنَعتُ؟ قالَ: إناءٌ مِثلُ إناءٍ، وطَعامٌ مِثلُ طَعامٍ»**[3]. و(الأَفكَلُ): الرِّعدةُ من الغَيرةِ.

---

(1) «البيان» (7/ 12).

(2) أخرجه البخاري (2386، 2389)، ومسلم (1501).

(3) رواه أبو داود (3568)، وقالَ الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» (5/ 125): إسناده حسن.





وعن أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانَ عندَ بَعضِ نِسائِه، فأرسَلَت إحدىٰ أُمهاتِ المُؤمِنينَ مع خادِمٍ بقَصعةٍ فيها طَعامٌ، فضرَبَت بيَدِها فكسَرَت القَصعةَ، فضَمَّها وجعَلَ فيها الطَّعامَ، وقال: كُلوا، وحبَسَ الرَّسولَ والقَصعةَ حتىٰ فرَغوا، فدفَعَ القَصعةَ الصَّحيحةَ وحبَسَ المَكسورةَ»[1].

و«لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استَسلَفَ بَعيرًا ورَدَّ مِثلَه»[2].

متى تُعتبَرُ القيمةُ فيما هو مُتقوَّمٌ؟

اختلَفَ الفُقهاءُ في المَغصوبِ المُقوَّمِ إذا تلِفَ، هل تُعتبَرُ قيمَتُه يَومَ غَصبِه أو وَقتَ تَلَفِه أو أعلىٰ قيمةٍ له من يَومِ الغَصبِ إلىٰ يَومِ التَّلَفِ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ وأحمدُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه يَجبُ عليه قيمَتُه يَومَ غَصبِه.

قالَ الحَنفيةُ: تُعتبَرُ قيمةُ المَغصوبِ يَومَ الغَصبِ، ولا يُنظَرُ إلىٰ زِيادةِ قيمةِ المَغصوبِ بعدَ القَبضِ في السِّعرِ ولا إلىٰ نُقصانِها؛ لأنَّ الغَصبَ هو سَببُ الضَّمانِ، وبه يَدخلُ في ضَمانِه، ولا فَصلَ في ذلك بينَ ما يَكونُ الهَلاكُ بفِعلِه أو بفِعلِ غيرِه[3].

---

(1) أخرجه البخاري (2349)، وأبو داود (3567).

(2) «الجوهرة النيرة» (4/ 118)، و«اللباب» (1/ 630)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 117)، رقم (975)، و«البيان» (7/ 12)، و«مغني المحتاج» (3/ 301)، و«المغني» (5/ 139)، و«كشاف القناع» (4/ 132)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 161).

(3) «الجوهرة النيرة» (4/ 118)، و«العناية» (13/ 347)، و«اللباب» (1/ 630)، و«الاختيار» (3/ 74).



وقالَ المالِكيةُ في المَشهورِ: مَن غصَبَ شَيئًا من المُقوَّماتِ كحَيوانٍ فأتلَفَه فإنَّه يُغرَّمُ قيمَتَه يومَ غَصبِه.

وقالَ أشهَبُ: تَلزمُه أَعلىٰ قيمةٍ مَضَت عليه من غَصبِه إلىٰ يَومِ تَلفِه[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ (وأشهَبُ من المالِكيةِ وأَحمدُ في روايةٍ) إلىٰ أنَّ المَغصوبَ المُتقوَّمَ يُضمَنُ بأَقصىٰ قيمةٍ من وَقتِ الغَصبِ إلىٰ وَقتِ التَّلفِ؛ لأنَّه في حالِ زِيادةِ القيمةِ الغاصِبُ مُطالَبٌ بالرَّدِّ، فإذا لم يَردَّ ضمِنَ بَدلَه، بخِلافِ ما لو رَدَّه بعدَ الرُّخصِ، فإنَّه لا يَضمَنُ شَيئًا؛ لأنَّه مع بَقاءِ العَينِ يُمكنُ تَوقُّعُ الزِّيادةِ في المُستقبلِ، فلم تُغيَّرْ بالكُليةِ.

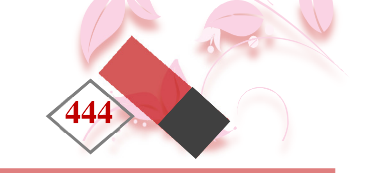
ولا فَرقَ في اختِلافِ القيمةِ بينَ تَغيُّرِ السِّعرِ أو تَغيُّرِ المَغصوبِ في نَفسِه، ولا عِبرةَ بالزِّيادةِ بعدَ التَّلفِ.

وفي الإتلافِ للمُتقوَّمِ بلا غَصبٍ يُضمَنُ بقيمةِ يَومِ التَّلفِ؛ لأنَّه لم يَدخُلْ في ضَمانِه قبلَ ذلك، وما بعدَ التَّلفِ فلا وُجودَ له، وهو مَعدومٌ؛ لأنَّ ضَمانَ الزائِدِ في المَغصوبِ إنَّما كانَ لتَعدِّيه، وهنا لا عُدوانَ، وتُعتبَرُ

---

(1) «مواهب الجليل» (7/ 256)، و«التاج والإكليل» (4/ 307)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 135)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 166)، و«تحبير المختصر» (4/ 388) **قالَ القاضي عبدُ الوَهابِ المالِكيُّ في «المعونة» (2/ 188)**: والقيمةُ المُعتبَرةُ يَومَ التَّعدي والجِنايةِ لا يَومَ الحُكمِ؛ لأنَّ الحُكمَ مُعلَّقٌ بذِمتِه بالتَّعدي لا بالحُكمِ إذ مُطالَبةُ الحاكِمِ إنَّما هي بأمرٍ قد تقدَّمَ وُجوبُه، وإنَّما يَنكشِفُ بالحُكمِ بمِقدارِ ما اشتَغَلت به ذِمتُه.





القيمةُ في مَوضعِ الإتلافِ إلا إذا كانَ لا يَصلُحُ -كالمَفازةِ- فيُعتبَرُ بأقرَبِ البِلادِ[1].

وذهَبَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ إلى أنَّ المَغصوبَ المُتقوَّمَ إذا تلِفَ فإنَّه تُضمَنُ قيمَتُه يَومَ تَلفِه في بَلدِ غَصبِه؛ لأنَّ ذلك زَمنُ الضَّمانِ ومَوضِعُه.

وفي قَولٍ مُخرَّجٍ عندَهم -وهي رِوايةٌ مَنسوبةٌ للإمامِ أحمدَ أنْ يَضمنَه بقيمَتِه يَومَ غَصبِه؛ لأنَّه الوَقتُ الذي أزالَ يَدَه فيه فلزِمَته القيمةُ كما لو أتلَفَه.

وعن الإمامِ أحمدَ روايةٌ أنَّه يَضمَنُ بأكثَرِ القيمَتينِ من وَقتِ غَصبِه إلى وَقتِ تَلفِه.

قالَ ابنُ مُفلحٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وعنه أنَّه يَضمَنُ المَغصوبَ بمِثلِه مُطلقًا، وقالَه ابنُ أبي موسى واختارَه الشَّيخُ تَقيُّ الدِّينِ، واحتجَّ بعُمومِ قَولِه تَعالى: ﴿فَـَٔاتُواْ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتۡ أَزۡوَٰجُهُم مِّثۡلَ مَآ أَنفَقُواْۚ﴾ [المُمتَحَنة: 11]، ولخَبَرِ القَصعةِ، وعنه مع قيمَتِه، وعنه غيرُ حَيوانٍ بمِثلِه، ذكَرَه جَماعةٌ، وفي «الواضِح» و«المُوجَز» فيَنقُصُ عنه عَشرةَ دَراهمَ[2].

---

[1] «النجم الوهاج» (5/ 189)، و«مغني المحتاج» (3/ 301)، و«الديباج» (2/ 389، 390).

[2] «المبدع» (5/ 182)، و«الإنصاف» (6/ 194، 195)، و«كشاف القناع» (4/ 132، 133)، و«منار السبيل» (2/ 251، 252).

ضابِطُ المِثليِّ والمُتقوَّمِ:

قالَ الحَنفيةُ: المِثليُّ هو كلُّ مَكيلٍ أو موزونٍ أو عَدديٍّ مُتقارِبٍ، والقيمَيُّ هو ما ليس بمَكيلٍ ولا مَوزونٍ كالحَيوانِ، والعَدديُّ هو المُتفاوِتُ والمَذروعُ[1].

وقالَ المالِكيةُ: المِثليُّ: هو كلُّ مَكيلٍ أو مَوزونٍ أو مَعدودٍ لا تَختلِفُ أَعيانُ عَددِه كالجَوزِ والبَيضِ.

وما عَداهم هو مُتقوَّمٌ كالثِّيابِ وسائِرِ العُروضِ والرَّقيقِ والحَيوانِ[2].

والصَّحيحُ عندَ الشافِعيةِ: أنَّ المِثليَّ ما حصَرَه كَيلٌ أو وَزنٌ، وجازَ السَّلمُ فيه كماءٍ وتُرابٍ ونُحاسٍ وتِبْرٍ ومِسكٍ وكافُورٍ وقُطنٍ وعِنبٍ ودَقيقٍ.

وقالَ القاضِي أبو الطَّيِّبِ: وما له مِثلٌ هو ما جمَعَ ثَلاثةَ أَوصافٍ:

أَحدُها: أنْ يَكونَ مَكيلًا، أو مَوزونًا.

الثاني: أنْ يَكونَ ممَّا يُضبَطُ بالصِّفةِ.

الثالِثُ: أنْ يَجوزَ بَيعُ بعضِه ببعضٍ، وذلك كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والحُبوبِ والأَدهانِ والتَّمرِ والزَّبيبِ والمِلحِ.

(1) «الجوهرة النيرة» (4/ 117)، و«اللباب» (1/ 629)، و«مختصر الوقاية» (2/ 137)، و«الاختيار» (3/ 74).

(2) «التاج والإكليل» (4/ 304)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 133)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 163)، و«تحبير المختصر» (4/ 383، 384).

قالَ الشَّيخُ أَبو حامِدٍ: والقُطنُ من ذَواتِ الأَمثالِ؛ لأنَّ أَجزاءَه تَتساوَىٰ ولا تَختلِفُ في العادةِ.

قالَ الصَّيمَريُّ: والغَزلُ والرَّصاصُ والنُّحاسُ والحَديدُ من ذَواتِ الأَمثالِ، واللَّبنُ من ذَواتِ الأَمثالِ، وما طُبخَ وتَعقَّدَت أَجزاؤُه لا مِثلَ له؛ لأنَّه لا يَجوزُ بَيعُ بعضِه ببَعضٍ، وكذلك الجَواهرُ واللُّؤلؤُ لا مِثلَ لها؛ لأنَّها لا تُضبَطُ بالصِّفةِ، والحَيوانُ والثِّيابُ ليسَت من ذَواتِ الأَمثالِ؛ لأنَّها ليسَت بمَكيلةٍ ولا مَوزونةٍ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: المِثليُّ هو كلُّ مَكيلٍ أو مَوزونٍ لا صِناعةَ فيه مُباحةً يَصحُّ السَّلمُ فيه بمِثلِه، وما عَداه فقِيَميٌّ.

قالَ الرُّحَيبانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ضُمِنَ (مَغصوبٌ) (مِثليٌّ) أي: ضمِنَه الغاصِبُ أو مَن تلِفَ بيَدِه (وهو) -أي: المِثليُّ- (الفُلوسُ وكلُّ مَكيلٍ) من حَبٍّ وتَمرٍ ومائعٍ وغيرِها (أو مَوزونٍ) كحَديدٍ ونُحاسٍ ورَصاصٍ وذَهبٍ وفِضةٍ وحَريرٍ وكَتَّانٍ وقُطنٍ ونَحوِها (لا صِناعةَ فيه) -أي: المَكيلِ- بخِلافِ نَحوِ هَريسةٍ، أو المَوزونِ بخِلافِ حُليٍّ وأَسطالٍ ونَحوِها (مُباحةً) خرَجَ أَواني الذَّهبِ والفِضةِ، فتُضمنُ بمِثلِها لتَحريمِ صِناعتِها ويَأتي، (يَصحُّ السَّلمُ فيه) بخِلافِ نَحوِ جَوهرٍ ولُؤلُؤٍ (بمِثلِه) -مُتعلِّقٌ «يَضمَنُ»- نَصًّا؛ لأنَّ المِثلَ أَقرَبُ إليه من القيمةِ لمُماثلَتِه له من طَريقِ الصُّورةِ والمُشاهدةِ، والمُعيَّنُ

---

(1) «البيان» (7/ 17)، و«روضة الطالبين» (3/ 648، 650)، و«مغني المحتاج» (3/ 296، 297)، و«النجم الوهاج» (5/ 179، 180).

بخِلافِ القيمةِ، فإنَّها مُماثِلةٌ من طَريقِ الظَّنِّ والاجتِهادِ، وسَواءٌ تَماثَلَت أَجزاءُ المِثليِّ أو تَفاوَتَت كالأَثمانِ، ولو كانت دَراهمَ مَغشوشةً رائِجةً، وكالحُبوبِ والأَدهانِ ونَحوِها(1).

غَصبُ العَقارِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في العَقارِ هل يُتصوَّرُ غَصبُه أو لا؟ وعليه إذا غصَبَه إنسانٌ وتلِفَ تَحتَ يَدَيه بلا تَعدٍّ ولا تَفريطٍ، هل يَضمنُه أو لا؟

فذهَبَ جَماهيرُ أهلِ العِلمِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ ومُحمدٌ من الحَنفيةِ إلى أنَّه يَصحُّ غَصبُ العَقارِ، وهو مَضمونٌ في يَدِه إذا تلِفَ بتَعدٍّ منه أو بغيرِ تَعدٍّ ضمِنَه.

لمَا رُويَ عن سَعيدِ بنِ زَيدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قالَ: سَمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**مَن ظلَمَ من الأرضِ شَيئًا طُوِّقه من سَبعِ أَرضينَ**»(2).

وفي رِوايةٍ: «**مَن أخَذَ شِبرًا من الأرضِ ظُلمًا، طُوِّقه إلى سَبعِ أَرضينَ**»(3).

وعن مُحمدِ بنِ إبراهيمَ: أنَّ أبا سَلمةَ حدَّثَه: أنَّه كانَت بينَه وبينَ أُناسٍ خُصومةٌ، فذُكرَ لعائِشةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، فقالَت: يا أَبا سَلمةَ، اجتنِبِ الأرضَ، فإنَّ

---

(1) «مطالب أولي النهى» (4/ 52، 53)، و«كشاف القناع» (4/ 130، 131)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 158، 159).
(2) أخرجه البخاري (2320)، ومسلم (1610).
(3) أخرجه البخاري (3026)، ومسلم (1610).

النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: **«مَن ظلَمَ قيدَ شِبرٍ من الأرضِ طُوِّقه من سَبعِ أَرضين»**[1]. فأخبرَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه يُغصَبُ ويُظلَمُ فيه.

وعن الأشعَثِ بنِ قَيسٍ أنَّ رَجلًا من كِندةَ ورَجلًا من حَضرَموتَ اختَصَما إلىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أرضٍ باليَمنِ، فقالَ الحَضرَميُّ: يا رَسولَ اللهِ، أرضي اغتصَبَها هذا وأَبوه. فقالَ الكِنديُّ: يا رَسولَ اللهِ، أرضي ورِثتُها من أَبي. فقالَ الحَضرَميُّ: يا رَسولَ اللهِ، استَحلِفْه أنَّه ما يَعلَمُ أنَّها أرضي وأرضُ والِدي اغتَصَبها أَبوه. فتَهيَّأ الكِنديُّ لليَمينِ، فقالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«إنَّه لا يَقتطِعُ عبدٌ أو رَجلٌ بيَمينِه مالًا، إلا لَقيَ اللهَ يَومَ يَلقاه وهو أجذَمُ»**، فقالَ الكِنديُّ: هي أرضُه وأرضُ والِده[2].

ولأنَّ كلَّ مَعنًىٰ يُضمَنُ به ما يُنقلُ ويُحوَّلُ من الأَعيانِ فإنَّه يُضمَنُ به ما لا يُنقلُ منها ولا يُحوَّلُ، كالقَبضِ في البَيعِ، ولأنَّ العَقارَ والنَّخلَ والشَّجرَ أَعيانٌ تُضمنُ بالقَبضِ في عَقدٍ، فوجَبَ أنْ تُضمَنَ بالغَصبِ، ولأنَّه سَببٌ للضَّمانِ فوجَبَ أنْ يُضمنَ به العَقارُ كالإتلافِ، ولأنَّ حَقَّ الغَصبِ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ مَوجودٌ في العَقارِ فتَعلَّقَ به الضَّمانُ.

ولأنَّه يُمكنُ الاستيلاءُ عليه علىٰ وَجهٍ يَحولُ بينَه وبينَ مالِكِه، مِثلَ أنْ يَسكنَ الدارَ ويَمنعَ مالِكَها من دُخولِها، فأشبَهَ ما لو أخَذَ الدابةَ والمَتاعَ.

---

(1) أخرجه البخاري (2321).

(2) رواه أحمد (21898)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (4479)، والطبراني في «الكبير» (637).

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا ما تلِفَ من الأرضِ بفِعلِه أو بسَببِ فِعلِه كهَدمِ حِيطانِها وتَغريقِها وكَشطِ تُرابِها وإلقاءِ الحِجارةِ فيها أو نَقصٍ يَحصُلُ بغَرسِه أو بنائِه فيَضمَنُه بغيرِ اختِلافٍ في المَذهبِ ولا بينَ العُلماءِ؛ لأنَّ هذا إتلافٌ، والعَقارُ يُضمَنُ بالإتلافِ من غيرِ اختِلافٍ، ولا يَحصُلُ الغَصبُ من غيرِ استِيلاءٍ(1).

وذهَبَ أبو حَنيفةَ وأبو يُوسفَ وأَحمدُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه لا يُتصوَّرُ غَصبُ العَقارِ؛ لأنَّ الغَصبَ بإزالةِ يَدِ المالِكِ بفِعلٍ في العَينِ، وهذا لا يُتصوَّرُ في العَقارِ؛ لأنَّ يدَ المالِكِ لا تَزولُ إلا بالنَّقلِ والتَّحويلِ، وذا لا يُتصوَّرُ في العَقارِ، وإنَّما يُتصوَّرُ فيه مَنعُ المالِكِ عنه، ومَنعُ المالِكِ تَصرفٌ فيه لا في العَقارِ، فصارَ كما إذا بَعَّدَ المالِكَ عن مَواشيه حتىٰ تلِفَت بذلك.

ولأنَّ العَقارَ في المَكانِ الذي كانَت يدُ صاحِبِه ثابِتةً عليه فلا يُضمَنُ، والغَصبُ إنَّما يَتحقَّقُ في النَّقلِ والتَّحويلِ.

وعليه إذا تلِفَ تحتَ يَدِه بلا تَعدٍّ ولا تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليه، ولا

---

(1) «المغني» (5/ 140، 141)، ويُنْظَر: «شرح الزركشي» (2/ 158، 159)، و«مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 176)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 122، 123)، و«الاختيار» (3/ 75)، و«مختصر الوقاية» (2/ 136، 137)، و«اللباب» (1/ 631)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 126، 127)، رقم (983)، و«روضة الطالبين» (3/ 640)، و«مغني المحتاج» (3/ 287، 288)، و«النجم الوهاج» (5/ 169، 170)، و«الديباج» (2/ 380).



يَضمنُه إلا أنْ يَنهدمَ بفِعلِه، أمَّا إنِ انهَدَم البِناءُ بآفَةٍ سَماويةٍ أو بذَهابِ تُرابِه أو بغَلَبةِ السَّيلِ علىٰ الأرضِ فلا ضَمانَ عليه.

وإنْ تلِفَ العَقارُ بفِعلِه أو نقَصَ من سُكناه في الدارِ وزرَعَه في الأرضِ ضمِنَ اتِّفاقًا؛ لأنَّه تلِفَ بفِعلِه، والعَقارُ يُضمَنُ بالإتلافِ (1).

زَوائدُ المَغصوبِ:

المَغصوبُ إذا زادَ عندَ الغاصِبِ إمَّا أنْ يَزيدَ زيادةً مُتَّصلةً كالسِّمَنِ وتَعليمِ صَنعةٍ وإمَّا أنْ يَزيدَ زيادةً مُنفصِلةً كالثَّمرِ والوَلَدِ.

أولاً: ضَمانُ الزيادةِ المُتصِلة:

المَغصوبُ إذا زادَ زيادةً مُتَّصلةً كالسِّمَنِ أو تَعليمِ صَنعةٍ أو ما أشبَهَ ذلك فإنَّ للمالِكِ أخذَه ولا شَيءَ للغاصِبِ، ولا أُجرةَ له لمَا عمِلَ من ذلك؛ لأنَّ المالِكَ لم يَأذَنْ للغاصِبِ فيه.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا فيما إذا زادَ هذه الزِّيادةَ ثم تلِفَت، بأنْ حصَلَ للحَيوانِ هُزالٌ أو عادَ لمَا عليه قبلَ السِّمَنِ، هل يَضمنُ هذه الزِّيادةَ التي فاتَت أو لا؟

ذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ زَوائدَ المَغصوبِ المُتَّصلةَ مَضمونةٌ علىٰ الغاصِبِ ضَمانَ الغَصبِ؛ لأنَّه مالُ المَغصوبِ منه حصَلَ في يَدِه

---

(1) «مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 176)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 122، 123)، و«الاختيار» (3/ 75)، و«مختصر الوقاية» (2/ 136، 137)، و«اللباب» (1/ 631) المغني» (5/ 140، 141)، و«شرح الزركشي» (2/ 158، 159).

بالغَصبِ فيَضمَنُه بالتَّلَفِ كالأصلِ؛ لأنَّها زيادةٌ في العَينِ المَغصوبةِ فضمِنَها الغاصِبُ، كما لو طالَبَ برَدِّها فلم يَرُدَّها، ولأنَّ استِدامةَ الغَصبِ كابتِدائِه، والغاصِبُ في كلِّ حالٍ مَأمورٌ برَدِّ العَينِ المَغصوبةِ، فإذا لم يَردَّها كانَ بمَنزلةِ المُبتدئِ للغَصبِ، فعلىٰ هذا يَردُّ الأصلَ وأَرشَ ما نقَصَ عندَه.

فلو غصَبَ دابةً وهي تُساوي مِئةً، فسَمِنت في يَدِه، وبلَغَت قيمَتُها ألفًا ثم هزَلَت، وعادَت إلىٰ مِئةٍ، لزِمَه رَدُّها، ويَردُّ معها تِسعَمِئةٍ؛ لأَجلِ نَقصِ السِّمَنِ.

وأمَّا إنْ غصَبَها وهي تُساوي مِئةً ثم زادَ السِّعرُ فأصبحَت تُساوي ألفًا، ثم نقَصَ السِّعرُ فصارَت تُساوي مِئةً فلا يَلزمُه شَيءٌ إلا أنْ تتلَفَ أو تَموتَ فيَلزَمه أقصىٰ القيمةِ عندَ الشافِعيةِ كما تقدَّمَ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّ زَوائدَ المَغصوبِ المُتصلةَ كالسِّمَنِ والجَمالِ وتَعليمِ صَنعةٍ غيرِ مَضمونةٍ علىٰ الغاصِبِ، وهي أَمانةٌ في يَدِه إنْ تلِفَت من غيرِ تَعدٍّ ولا تَفريطٍ فلا ضَمانَ عليه، إلا أنْ يُطالَبَ برَدِّها فيَمتنِعَ من رَدِّها.

قالَ الحَنفيةُ: زَوائدُ الغَصبِ ومَنافِعُه المُتَّصلةُ كالسِّمَنِ والجَمالِ أَمانةٌ في يَدِ الغاصِبِ، إنْ هلَكَت فلا ضَمانَ عليه إلا إذا تَعدَّىٰ في الزِّيادةِ بأنْ أتلَفَها

(1) «البيان» (7/ 31، 33)، و«الشرح الكبير» للرافعي (5/ 404)، و«روضة الطالبين» (3/ 657)، و«المغني» (5/ 151)، و«المبدع» (5/ 168)، و«الإنصاف» (6/ 160)، و«كشاف القناع» (4/ 114).



أو أكَلَها أو باعَها، أو أنْ يَطلُبَها رَبُّها فيَمنعَه إياها فيَضمَنَ، والدَّليلُ علىٰ أنَّها غيرُ مَضمونةٍ أنَّ الغَصبَ إنَّما هو إثباتُ اليَدِ علىٰ مالِ الغيرِ علىٰ وَجهٍ يُزيلُ يَدَ المالِكِ علىٰ ما ذَكَرناه، ويَدُ المالِكِ ما كانَت ثابِتةً علىٰ هذه الزِّيادةِ حتىٰ يُزيلَها الغاصِبُ.

فإنِ استَهلَكه بعدَ الزِّيادةِ نَحوَ أنْ يَبيعَه ويُسلِّمَه إلىٰ المُشتَري فهلَكَ في يَدِ المُشتَري فالمَغصوبُ منه بالخيارِ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الغاصِبَ قيمَتَه وَقتَ الغَصبِ وجازَ البَيعُ والثَّمنُ للغاصِبِ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُشتَرِيَ قيمَتَه وَقتَ القَبضِ وبطَلَ البَيعُ، وله أنْ يَرجعَ علىٰ الغاصِبِ بالثَّمنِ، وليس له أنْ يُضمِّنَ الغاصِبَ وَقتَ التَّسليمِ في قَولِ أَبي حَنيفةَ.

هذا لو غصَبَ شاةً فسمِنَت ثم ذبَحَها ضمِنَ قيمَتَها يَومَ الغَصبِ.

وإنْ غصَبَ عَبدًا أو أَمةً قيمَتُها ألفٌ مَثلًا فازدادَت عندَه زِيادةً مُتَّصلةً كالسِّمَنِ والجَمالِ حتىٰ صارَت قيمَتُها ألفَينِ فقتَلَها هو أو غيرُه خطَأً فالمالِكُ مُخيَّرٌ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الغاصِبَ ألفًا قيمَتَه يومَ الغَصبِ حالَّةً في مالِه، وإنْ شاءَ ضمَّنَ عاقِلةَ القاتِلِ ألفَينِ قيمَتَه يَومَ القَتلِ في ثَلاثِ سِنينَ[1].

وقالَ المالِكيةُ: زَوائدُ المَغصوبِ المُتَّصلةُ كالسِّمَنِ أو تَعليمِ صَنعةٍ أو زيادةِ تَسوُّقٍ أو ما أشبَهَ ذلك غيرُ مَضمونةٍ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه ضامِنٌ لها

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 143)، و«الهداية» (4/ 19)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 137، 138)، و«اللباب» (1/ 639)، و«البحر الرائق» (8/ 137)، و«مجمع الضمانات» (1/ 312)، و«الإختيار» (3/ 80))، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 204).

يَومَ الغَصبِ، وما طرَأَ علىٰ أَبعاضِها أو ثَمنِها من نُقصانٍ أو زِيادةٍ فلا حُكمَ له؛ لأنَّه طارِئٌ علىٰ عَينٍ مَضمونةٍ، ولأنَّ رُجوعَ العَينِ المَغصوبةِ إلىٰ مالِكِها علىٰ الصِّفةِ التي غُصِبت يُوجِبُ القَبولَ فوجَبَ سُقوطُ الضَّمانِ، أصلُه ما لم تَزِدْ عندَه، واعتِبارًا بزِيادةِ الأَسواقِ[1].

ثانيًا: زَوائِدُ المَغصوبِ المُنفصِلةُ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ زَوائِدِ المَغصوبِ المُنفصِلةِ كالوَلدِ والثَّمرةِ والبَيضِ وما أشبَهَ ذلك، هل هي أَمانةٌ في يَدِ الغاصِبِ أو مَضمونةٌ عليه كالأَصلِ؟

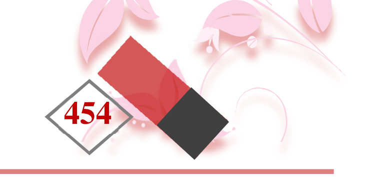
علىٰ الخِلافِ السابِقِ نَفسِه في الزَّوائِدِ المُتَّصلةِ.

فالحَنفيةُ والمالِكيةُ يَرَوْن أنَّها أَمانةٌ في يَدِ الغاصِبِ لا تُضمَنُ إلا بالتَّعدِّي أو التَّفريطِ أو بالمَنعِ إذا طلَبَها المالِكُ.

قالَ الحَنفيةُ: زَوائدُ الغَصبِ ومَنافعُه المُنفصِلةُ كوَلدِ المَغصوبةِ وثَمرةِ البُستانِ المَغصوبِ أَمانةٌ في يَدِ الغاصِبِ، إنْ هلَكَت فلا ضَمانَ عليه إلا إذا تَعدَّىٰ في الزِّيادةِ، بأنْ أتلَفَها أو أكَلَها أو باعَها، أو أنْ يَطلُبَها رَبُّها فيَمنعَه إياها فيَضمنَ، والدَّليلُ علىٰ أنَّها غيرُ مَضمونةٍ أنَّ الغَصبَ إنَّما هو إثباتُ اليَدِ علىٰ مالِ الغيرِ علىٰ وَجهٍ يُزيلُ يَدَ المالِكِ علىٰ ما ذَكَرناه، ويَدُ المالِكِ ما كانَت ثابِتةً علىٰ هذه الزِّيادةِ حتىٰ يُزيلَها الغاصِبُ.

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 123، 124)، رقم (979)، و«المعونة» (2/ 190).





ولو اعتُبِرت ثابِتةً علىٰ الوَلدِ لا يُزيلُها؛ إذ الظاهِرُ عَدمُ المَنعِ، حتىٰ لو منَعَ الوَلَدَ بعدَ طَلَبِه يَضمنُه، وكذا إذا تَعدَّىٰ فيه: وذلك بأنْ أتلَفَه أو ذبَحَه وأكَلَه أو باعَه وسلَّمَه كما تقدَّمَ(1).

قالَ المالِكيةُ: وَلدُ المَغصوبةِ الحادِثُ بعدَ الغَصبِ غيرُ مَضمونٍ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّ الغَصبَ لم يَتناوَلِ الوَلدَ الحادِثَ فأشبَهَ وَلدَ المُودَعةِ وأشبَهَ العاريةَ، ولأنَّه نَماءٌ حادِثٌ كالسِّمَنِ.

وكذا الحَملُ غيرُ مَضمونٍ؛ لأنَّه نَماءٌ من جِسمِها بحالِ الغَصبِ فلم يُضمَنْ علىٰ الغاصِبِ كالسِّمَنِ(2).

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ الزِّيادةَ المُنفصِلةَ كالوَلدِ والثَّمرةِ والبَيضِ مَضمونةٌ كالأصلِ، سَواءٌ تلِفَت بتَعَدٍّ منه أو بتَفريطٍ أو بغيرِ تَعدٍّ أو تَفريطٍ وسَواءٌ طلَبَها منه فمنَعَها أو لم يَطلُبْها فهي مَضمونةٌ علىٰ أيِّ حالٍ.

قالَ الشافِعيةُ: زَوائِدُ المَغصوبِ المُنفصِلةُ كالوَلدِ والثَّمرةِ والبَيضِ، أو المُتَّصلةُ كالسِّمَنِ وتَعلُّمِ الصَّنعةِ مَضمونةٌ علىٰ الغاصِبِ كالأصلِ، سَواءٌ طالَبَه المالِكُ بالرَّدِّ أو لم يُطالِبْه؛ لأنَّ وَلدَ المَغصوبةِ في يَدِ الغاصِبِ كالأُمِّ،

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 143)، و«مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 174)، و«الهداية» (4/ 19)، و«العناية» (13/ 389)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 137، 138)، و«اللباب» (1/ 639)، و«البحر الرائق» (8/ 137)، و«مجمع الضمانات» (1/ 312)، و«الاختيار» (3/ 80))، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 204).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 125)، رقم (981).

بدَليلِ أنَّه لو ادَّعاه لقبِلَ قولُه لمَكانِ يَدِه، فوجَبَ أنْ يَكونَ ضامِنًا له باليَدِ كأُمِّه، ولأنَّ ضَمانَ الغَصبِ أقوىٰ من ضَمانِ الصَّيدِ، ثم ثبَتَ أنَّ وَلدَ الصَّيدِ مَضمونٌ علىٰ المُحرِمِ فوَلدُ الغَصبِ أوْلىٰ أنْ يَكونَ مَضمونًا، ويَتحرَّرُ من اعتِلالِه قياسانِ: أَحدُهما: أنَّ ما ضُمِنَت به الأُمُّ من التَّعدِّي ضُمِنَ به الوَلدُ كالصَّيدِ علىٰ المُحرِمِ، والثاني: أنَّ ما ضُمِنَ به وَلدُ الصَّيدِ ضُمِنَ به وَلدُ المَغصوبةِ كما لو مُنِعَ.

ولأنَّه مُتَّصلٌ بالمَغصوبِ صَحَّ أنْ يَكونَ مَضمونًا كالسِّمَنِ، ولأنَّ ما ضُمِنَ بالجِنايةِ ضُمِنَ بالغَصبِ كالمُنفصِلِ، ولأنَّ ما صَحَّ أنْ يُضمَنَ بالغَصبِ في خارِجِ وِعائِه، صَحَّ أنْ يُضمَنَ به في وِعائِه، كالدَّراهِمِ في كِيسٍ والحُليِّ في حُقٍّ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: زَوائِدُ الغَصبِ في يَدِ الغاصِبِ مَضمونةٌ ضَمانَ الغَصبِ مِثلَ السِّمَنِ وتَعلُّمِ الصِّناعةِ وغيرِها، وثَمرةِ الشَّجرةِ ووَلدِ الحَيوانِ متىٰ تلِفَ شَيءٌ منه في يَدِ الغاصِبِ ضمِنَه، سَواءٌ تلِفَ مُنفرِدًا أو تلِفَ مع أَصلِه؛ لأنَّه مالُ المَغصوبِ منه حصَلَ في يَدِه بالغَصبِ فيَضمَنُه بالتَّلفِ كالأصلِ[2].

---

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 150)، و«البيان» (7/ 31، 33)، و«الشرح الكبير للرافعي» (5/ 404)، و«روضة الطالبين» (3/ 657).

(2) «المغني» (5/ 151)، و«المبدع» (5/ 168)، و«الإنصاف» (6/ 160)، و«كشاف القناع» (4/ 114).



إذا تغيَّرَ المَغصوبُ حتى زالَ اسمُه عنه:

اختلَفَ الفُقهاءُ في حُكمِ العَينِ المَغصوبةِ إذا تغيَّرَت بفِعلٍ حتىٰ زالَ اسمُها عنها، وأعظَمُ مَنافعِها، كمَن غصَبَ شاةً فطبَخَها أو شَواها، أو حِنطةً فطَحَنها، أو حَديدًا فاتَّخذَه سَيفًا، أو حِنطةً فزرَعَها، هل يَزولُ مِلكُ صاحِبِها عنها ويَملكُها الغاصِبُ ويَضمنُها أو تَظلُّ علىٰ مِلكِ صاحِبِها ويَضمنُها الغاصِبُ مع أَرشِ النَّقصِ أو صاحِبُها مُخيَّرٌ بينَ أنْ يَأخذَها ولا شَيءَ له وبينَ أنْ يُغرِّمَه قيمَتَها أكثَرَ ما كانَت؟

فذهَبَ الحَنفيةُ إلىٰ أنَّه إذا تغيَّرَت العَينُ المَغصوبةُ بفِعلِ الغاصِبِ حتىٰ زالَ اسمُها وأعظَمُ منافِعِها كمَن غصَبَ شاةً فذبَحَها وشَواها أو طبَخَها أو غصَبَ حِنطةً فطحَنَها أو حَديدًا فاتَّخَذه سَيفًا أو صُفرًا عمِلَه آنيةً زالَ مِلكُ المَغصوبِ منه عنها، وملَكَها الغاصِبُ وضمِنَها، وذلك لحُدوثِ صَنعةٍ مُتقوَّمةٍ صَيَّرَت حَقَّ المالِكِ هالِكًا من وَجهٍ، بحيث تَبدَّلَ الاسمُ وفاتَ مُعظمُ المَقاصدِ، وحَقُّ الغاصِبِ في الصَّنعةِ قائِمٌ من كلِّ وَجهٍ؛ فيَترجَّحُ علىٰ الأصلِ الذي هو فائِتٌ من وَجهٍ، ولا نَجعَلُه سَببًا للمِلكِ من حيثُ إنَّه مَحظورٌ، بل من حيثُ إنَّه إحداثُ صَنعةٍ.

والصَّحيحُ أنَّ الغاصِبَ لا يَملكُ المَغصوبَ إلا عندَ أداءِ الضَّمانِ أو عندَ القَضاءِ بالضَّمانِ أو بتَراضي الخَصمَينِ علىٰ الضَّمانِ، فإذا وُجدَ شَيءٌ من هذه الثَّلاثةِ ثبَتَ المِلكُ وإلا فلا، وبعدَ وُجودِ شَيءٍ من هذه الثَّلاثةِ إذا ثبَتَ المِلكُ لا يَحلُّ للغاصِبِ تَناوُلُه إلا أنْ يَجعلَه صاحِبُه في حِلٍّ، ولم يَحلَّ

له الانتِفاعُ بها حتىٰ يُؤدِّيَ بدَلَها؛ لمَا رُويَ عن عاصِمِ بنِ كُلَيبٍ، عن أَبيه: أنَّ رَجلًا من الأَنصارِ أخبرَه قالَ: خرَجْنا مع رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في جِنازةٍ، فلمَّا رجَعْنا لقِينا داعيَ امرأةٍ من قُريشٍ فقالَ: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ فُلانةَ تَدعوكَ ومَن معك إلىٰ طَعامٍ، فانصرَفَ فانصَرَفنا معه، فجلَسنا مَجالِسَ الغِلمانِ من آبائِهم بينَ أَيديهم، ثم جِيءَ بالطَّعامِ فوضَعَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَدَه، ووضَعَ القَومُ أَيديَهم، ففطِنَ له القَومُ وهو يَلوكُ لُقمتَه لا يُجيزُها، فرَفَعوا أَيديَهم، وغَفَلوا عنَّا، ثم ذَكَروا فأخَذوا بأيدينا، فجعَلَ الرَّجلُ يَضربُ اللُّقمةَ بيَدِه حتىٰ تَسقُطَ، ثم أَمسَكوا بأَيدينا يَنظُرونَ ما يَصنعُ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلفَظَها فأَلقاها، فقالَ: أجِدُ لَحمَ شاةٍ أُخِذَت بغيرِ إِذنِ أهلِها. فقامَت المَرأةُ فقالَت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّه كانَ في نَفسي أنْ أجمَعَك ومَن معك علىٰ طَعامٍ، فأرسَلتُ إلىٰ البَقيعِ فلم أجِدْ شاةً تُباعُ، وكانَ عامِرُ بنُ أَبي وَقاصٍ ابتاعَ شاةً أمسِ من البَقيعِ، فأرسَلتُ إليه أنِ ابتُغِيَ لي شاةٌ في البَقيعِ فلم تُوجَدْ، فذُكِر لي أنَّكَ اشترَيتَ شاةً، فأرسِلْ بها إلَيَّ، فلم يَجِدْه الرَّسولُ، ووَجَدَ أهلَه، فدَفَعوها إلىٰ رَسولي، فقالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**أطعِموها الأُسارَىٰ**»[1]، ففي هذا الحَديثِ أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَ بإطعامِ الشاةِ الأُسارىٰ، وهُم ممَّن تَجوزُ الصَّدقةُ عليهم بمِثلِها، ولم يأمُرْ بحَبسِها للذي ذُبِحت وهي علىٰ مِلكِه ليأخُذَها وهي كذلك، وفي ذلك ما قد

(1) رواه أحمد (22562)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (7/ 455، 456) بإسناد صحيح.





دَلَّ علىٰ ارتِفاعِ مِلكِه عنها وعلىٰ وُقوعِ مِلكِ مَن أحدَثَ فيها ما أحدَثَ من الذَّبحِ والشَّيِّ عليها، ولأنَّ في إباحةِ الانتِفاعِ قبلَ أداءِ البَدلِ فَتْحَ بابِ الغَصبِ؛ فيُحرمُ الانتِفاعُ قبلَ إرضاءِ المالِكِ بأداءِ البَدلِ أو إبرائِه، حَسمًا لمادةِ الفَسادِ.

وقيلَ: إنَّه يَحلُّ له الانتِفاعُ إذا قَضىٰ القاضِي بالضَّمانِ، ثم إذا أدَّىٰ البَدلَ يَحلُّ له الانتِفاعُ؛ لأنَّ حَقَّ المالِكِ صارَ مُستوفًىٰ بالبَدلِ، فجُعلَ مُبادَلةً بالتَّراضي، وكذا إذا أبرَأَه لسُقوطِ حَقِّه، وكذا إذا ضمِنَه الحاكِمُ أو ضمِنَه المالِكُ لوُجودِ الرِّضا منه؛ لأنَّه لا يَقضي الحاكِمُ إلا بطَلَبِه.

وأمَّا إذا تَغيَّرت العَينُ المَغصوبةُ بنَفسِها كأنْ صارَ العِنبُ زَبيبًا بنَفسِه أو الرُّطبُ تَمرًا بنَفسِه فإنَّ المالِكَ فيه بالخيارِ: إنْ شاءَ أخَذَه وإنْ شاءَ ترَكَه وضمِنَه.

وكذا إذا لم يَزُلِ اسمُها -كما لو ذبَحَ الشاةَ- فإنَّه يُقالُ: شاةٌ حَيةٌ وشاةٌ مَذبوحةٌ.

وكذا إذا بَقيَت أعظَمُ مَنافعِها، كمَن غصَبَ فِضةً أو ذَهبًا فضرَبَها دَراهمَ أو دَنانيرَ لم يَزُلْ مِلكُ مالِكِها عنها **عندَ الإمامِ أَبي حَنيفةَ**، فيَأخُذُهما ولا شَيءَ للغاصِبِ.

وقالَ أَبو يُوسفَ ومُحمدٌ: يَملكُهما الغاصِبُ وعليه مِثلُهما[1].

---

(1) «الهداية» (4/ 15)، و«شرح مشكل الآثار» (7/ 456)، و«تبيين الحقائق» (5/ 226)، و«العناية» (13/ 358، 359)، و«الاختيار» (3/ 77)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 127)، =

وذهَبَ الشافِعيةُ في المَذهبِ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لو غصَبَ حِنطةً فطحَنَها أو شاةً فذبَحَها وشَواها أو حَديدًا فعمِلَه سَكاكينَ وأَوانِيَ أو خَشبةً فنَجَرها بابًا أو تابوتًا أو ثَوبًا فقطعَه وخاطَه لم يَملِكْها، ولم يَزُلْ مِلكُ صاحِبِها عنها، ويأخُذُه وأَرشَ نَقصِه ولا شَيءَ للغاصِبِ في زِيادتِه؛ لمَا رُوِيَ عن عُمارةَ بنِ حارِثةَ الضَّمريِّ عن عَمرِو بنِ يَثربيٍّ الضَّمريِّ، قالَ: «شهِدتُ خُطبةَ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بمِنًىٰ، فكانَ فيما خطَبَ به قالَ: «**ولا يَحلُّ لأحدٍ من مالِ أَخيه إلا ما طابَت به نَفسُه**». فلمَّا سمِعَه قالَ ذلك، قالَ: يا رَسولَ اللهِ، أرأيتَ لو لقِيتُ غَنمَ ابنِ عَمِّي، فأخَذتُ منه شاةً، فاجتَزَرتُها، فعلَيَّ في ذلك شَيءٌ؟ قالَ: «**إنْ لَقيتَها نَعجةً تَحمِلُ شَفرةً وزِنادًا بخَبتِ الجَميشِ فلا تَمسَّها**». قيلَ: هي أرضٌ بينَ مَكةَ والجارِ، أرضٌ ليس بها أَنيسٌ»[1].

الجَميشُ: صَحراءُ بينَ مَكةَ والحِجازِ قَليلةُ الساكِنِ، يُريدُ أنْ إذا لقِيتَها بهذا المَوضعِ المُهلِكِ ومعها شَفرةٌ وهي السِّكينُ وزِنادٌ، وهي المِقدَحةُ، فلا تَتعرَّضْ لها[2].

ولأنَّ عَينَ مالِ المَغصوبِ منه قائِمةٌ فلزِمَ رَدُّها إليه، كما لو ذبَحَ الشاةَ ولم يَشوِها، ولأنَّه لو فعَلَه بمِلكِه لم يَزُلْ عنه، فإذا فعَلَه بمِلكِ غيرِه لم يَزُلْ

= 129)، و«اللباب» (1/ 634، 635)، و«البحر الرائق» (8/ 130)، و«مجمع الضمانات» (1/ 322).

(1) رواه أحمد في «مسنده» (15527)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (11305)، والدارقطني (2921).

(2) «الحاوي الكبير» (7/ 194).



عنه، كما لو ذبَحَ الشاةَ أو ضرَبَ النَّقرةَ دَراهِمَ، ولأنَّه لا يُزيلُ المِلكَ إذا كانَ بغيرِ فِعلِ آدَميٍّ فلم يُزِلْه إذا فعَلَه آدَميٌّ كالذي ذكَرناه.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإذا ثبَتَ هذا فإنَّه لا شَيءَ للغاصِبِ بعَملِه، سَواءٌ زادَت العَينُ أو لم تزِدْ، وهذا مَذهبُ الشافِعيِّ، وذكَرَ أبو الخَطابِ أنَّ الغاصِبَ يُشارِكُ المالِكَ بالزِّيادةِ؛ لأنَّها حصَلَت بمَنافِعِه، ومَنافِعُه أُجريَت مُجرىٰ الأَعيانِ، فأشبَهَ ما لو غصَبَ ثَوبًا فصبَغَه، والمَذهبُ الأولُ، ذكَره أبو بَكرٍ والقاضِي؛ لأنَّ الغاصِبَ عمِلَ في مِلكِ غيرِه بغيرِ إذنِه فلم يَستحِقَّ لذلك عِوضًا، كما لو غلَىٰ زَيتًا فزادَت قيمَتُه، أو بَنىٰ حائِطًا لغيرِه أو زرَعَ حِنطةَ إنسانٍ في أرضِه وكسائِرِ عَملِ الغاصِبِ، فأمَّا صَبغُ الثَّوبِ فإنَّ الصَّبغَ عَينُ مالٍ لا يَزولُ مِلكُ صاحِبِه عنه بجَعلِه في مِلكِ غيرِه، وهذا حُجةٌ عليه؛ لأنَّه إذا لم يَزُلْ مِلكُه عن صَبغِه بجَعلِه في مِلكِ غيرِه وجَعلِه كالصِّفةِ فلَأنْ يَكونَ لا يَزولُ مِلكُ غيرِه بعَمَلِه فيه أَوْلىٰ، فإنِ احتَجَّ بأنَّ مَن زرَعَ في أرضِ غيرِه يُرَدُّ عليه نَفقتُه، قُلنا: الزَّرعُ مِلكٌ للغاصِبِ؛ لأنَّه عَينُ مالِه، ونَفقتُه عليه تَزدادُ به قيمَتُه، فإذا أخَذَه مالِكُ الأرضِ احتَسَبَ له بما أنفَقَ علىٰ مِلكِه، وفي مَسألتِنا عَملُه في مِلكِ المَغصوبِ منه بغيرِ إذنِه فكانَ مُلغًى علىٰ أنَّنا نَقولُ: إنَّما تَجبُ قيمةُ الزَّرعِ علىٰ إحدىٰ الرِّوايتَينِ[1].

وفي قَولٍ للشافِعيةِ أنَّ المَغصوبَ منه له أنْ يَتركَ الدَّقيقَ للغاصِبِ ويُطالبَه بمِثلِ الحِنطةِ؛ لأنَّها أقرَبُ إلىٰ حَقِّه من الدَّقيقِ.

---

(1) «المغني» (5/ 153).

والصَّحيحُ القَولُ الأولُ، أنَّ مِلكَ المَغصوبِ منه لا يَزولُ عنه، ويَلزمُ الغاصِبَ أنْ يَردَّه ناقِصًا، وما نقَصَ من قيمَتِه؛ لأنَّ عَينَ مالِه باقيةٌ فلا يَملِكُ المُطالَبَةَ بغيرِها، كالشاةِ إذا ذبَحَها[1].

وقالَ المالِكيةُ: مَن غصَبَ مِن شَخصٍ نَقرةً -وهي القِطعةُ المُذابةُ من الذَّهبِ أو الفِضةِ- فسبَكَها أو صاغَها حُليًّا أو دَراهِمَ فإنَّه يُقضَىٰ لصاحِبِها بمِثلِها صِفةً ووَزنًا، ولا يُقضَىٰ لصاحِبِها بعَينِها حينَئذٍ؛ لدُخولِ الصَّنعةِ فيها؛ لأنَّ القاعِدةَ أنَّ المِثليَّ إذا دخَلَته صَنعةٌ فإنَّه يُقضَىٰ فيه بالقيمةِ ويَلحقُ بالمُقوَّماتِ، وكالصياغةِ النُّحاسُ يُضربُ فُلوسًا، فإنَّه يَلزمُه، مِثلَ النُّحاسِ؛ لأنَّ مُطلَقَ الصِّياغةِ هنا مُفوِّتٌ.

وكذلك مَن غصَبَ طِينًا مَعلومَ القَدرِ والصِّفةِ فضرَبَه لَبِنًا، فإنَّه يُغرَّمُ لصاحِبِه مِثلَه إنْ علِمَ وإلا فقيمَتُه؛ لأنَّ المِثليَّ الجُزافَ يُضمنُ بالقيمةِ؛ لأنَّ الطِّينَ ممَّا يُكالُ بالقُفةِ ونَحوِها.

وكذلك مَن غصَبَ قَمحًا فطحَنَه، فإنَّه يُغرَّمُ لصاحِبِه مِثلَه، قالَه ابنُ القاسِمِ، وقالَ أشهَبُ: رَبُّه مُخيَّرٌ، إنْ شاءَ أخَذَ المِثليَّ أو أخَذَه مَطحونًا بلا غَرامةٍ، واختارَه جَماعةٌ، والقَولانِ لمالِكٍ.

وكذلك مَن غصَبَ شَيئًا من الحُبوبِ فزرَعَه، فإنَّه يَلزمُه لصاحِبِه مِثلُه.

ومَن غصَبَ بَيضةً فحضَّنَها تحتَ دَجاجتِه فخرَجَ منها دَجاجةٌ فعليه بَيضةٌ مِثلُها، والدَّجاجةُ للغاصِبِ، إلا أنْ يَكونَ الغاصِبُ غصَبَ ما يَبيضُ

(1) «البيان» (7/ 22، 23).



من دَجاجةٍ أو غيرِها فباضَت وحضَنَت بَيضَها، فإنَّ الدَّجاجةَ والفَراريجَ لمُستحِقِّها كما لو ولَدَت، فلو حضَّنَ بَيضَها تحتَ دَجاجةٍ غيرِها أو حضَّنَ تحتَها غيرَ بَيضِها فلا شَيءَ من الفَراريجِ للمُستحِقِّ، وليس له إلا دَجاجتُه وأُجرةُ مِثلِها فيما حضَنَته من بَيضِ غيرِها.

قالَ المَواقُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: من «**المُدوَّنة**»: **قالَ مالِكٌ**: إنْ عمِلَ الغاصِبُ من الخَشبةِ بابًا أو غصَبَ تُرابًا يَعملُ منه بَلاطًا أو غصَبَ حِنطةً فزرَعَها وحصَدَ منها حَبًّا كَثيرًا أو غصَبَ سَويقًا فلَتَّه بسَمنٍ أو غصَبَ فِضةً فصاغَها حُليًّا أو ضرَبَها دَراهمَ فعليه في هذا كلِّه مِثلُ ما غصَبَ في صِفتِه ووَزنِه وكَيلِه أو عليه القيمةُ فيما لا يُكالُ ولا يُوزنُ، وكذلك في السَّرقةِ.

المازِريُّ: قالَ ابنُ القاسِمِ: مَن غصَبَ قَمحًا فطحَنَه ضَمِنَ مِثلَه، ولا يُمكَّنُ رَبُّ القَمحِ من أخْذِ الدَّقيقِ، خِلافًا لأشهَبَ.

واتَّفَقا إنْ طحَنَ القَمحَ سَويقًا ولَتَّه فليس لرَبِّ القَمحِ أخْذُه[1].

الاتِّجارُ بالمالِ المَغصوبِ والرِّبحُ الحاصِلُ منه:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الغاصِبِ إذا غصَبَ نُقودًا أو عُروضًا وتاجَرَ بها وحصَلَ رِبحٌ، هل يَكونُ الرِّبحُ كلُّه له كما أنَّ الضَّمانَ عليه، أو يَكونُ الرِّبحُ لرَبِّ المالِ؛ لأنَّه نَماءُ مِلكِه أو يَقتَسِمانِه بينَهما، أو يَجبُ التَّصدُّقُ به أو

---

(1) «التاج والإكليل» (4/ 306)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 134، 135)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 165)، و«تحبير المختصر» (4/ 385، 387)، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (8/ 217، 218).

يَكونُ الرِّبحُ لبَيتِ المالِ (أو الرِّبحُ للغاصِبِ لكنَّه لا يَطيبُ له)؟ علىٰ أَقوالٍ، وهذا الخِلافُ جارٍ في الوَديعةِ وكذا في كلِّ مالٍ تصرَّفَ فيه إِنسانٌ بغيرِ حَقٍّ من المالِكِ، هل يَكونُ له رِبحُه أو لا؟ وهذا بعدَ اتِّفاقِهم علىٰ أنَّه ضامِنٌ للمالِ المَغصوبِ علىٰ أي حالٍ، وإنَّما الخِلافُ في الرِّبحِ الحاصِلِ.

القَولُ الأَولُ: أنَّ الرِّبحَ الحاصِلَ من التِّجارةِ بعدَ البَيعِ للغاصِبِ؛ لأنَّه ضامِنٌ للمالِ المَغصوبِ حتىٰ يُؤدِّيَه إلىٰ صاحِبِه، وشَرطُ الطِّيبِ الضَّمانُ وقد وُجدَ، فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «**نَهىٰ عن رِبحِ ما لم يَضمَنْ**» وهذا رِبحٌ مَضمونٌ، ولأنَّه إذا رَدَّ المالَ فقد طابَ له الرِّبحُ وليس عليه أنْ يَتصدَّقَ به.

وهذا مَذهبُ المالِكيةِ وأَبي يُوسفَ من الحَنفيةِ وأَحمدَ في رِوايةٍ، وهو قَولُ شُريحٍ القاضِي والحَسنِ البَصريِّ والشَّعبيِّ ويَحيَى الأَنصاريِّ ورَبيعةَ والثَّوريِّ واللَّيثِ.

قالَ الإِمامُ ابنُ بَطَّالٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وأَصَحُّ هذه الأَقوالِ قَولُ مَن رأىٰ أنَّ الرِّبحَ للغاصِبِ والمُتعدِّي، والحُجةُ له أنَّ العَينَ قد صارَت في ذِمتِه، وهو وغيرُه من مالِه سَواءٌ؛ إذْ لا غرَضَ للناسِ في أَعيانِ الدَّنانيرِ والدَّراهمِ، وإنَّما غَرضُهم في تَصرُّفِهم فيها، ولو غصَبَها من رَجلٍ ثم أَرادَ أنْ يَدفعَ إليه غيرَها مِثلَها وهي قائِمةٌ بيَدِه، لكانَ له ذلك علىٰ أصلِ قَولِ مالِكٍ، فإذا كانَ له أنْ يَدفعَ إليه غيرَها فرِبحُها له، وحَديثُ البابِ حُجةٌ لذلك، أَلَا تَرىٰ أنَّ الأَجيرَ حيثُ قالَ له من أجرِه: «**كلُّ ما تَرىٰ من الإِبلِ والبَقرِ والغَنمِ والرَّقيقِ من**



أَجرِك، قالَ له: أَتَستَهزِئُ بي؟»[1] فدَلَّ هذا أنَّ السُّنةَ كانَت عندَهم أنَّ الرِّبحَ للمُتعدِّي العامِلِ، وأنَّه لا حَقَّ فيه لرَبِّ رأسِ المالِ، وأخبَرَ بذلك النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأقَرَّه ولم يَنسَخْه.

وقد رُوِيَ عن عُمرَ بنِ الخَطابِ ما يَدلُّ علىٰ أنَّ الرِّبحَ له بالضَّمانِ، رَوىٰ مالِكٌ في المُوطَّأِ: «أنَّ أبا موسىٰ أسلَفَ عبدَ اللهِ وعُبيدَ اللهِ ابنَيْ عُمرَ من بَيتِ المالِ، فاشتَريا به مَتاعًا وحَمَلاه إلىٰ المَدينةِ، فرَبِحا فيه، فقالَ عُمرُ: أدِّيا المالَ ورِبحَه. فقالَ عُبيدُ اللهِ: ما يَنبَغي لك هذا، لو هلَكَ المالُ أو نقَصَ ضَمِنَّاه. فقالَ رَجلٌ: لو جعَلتَه قِراضًا يا أَميرَ المُؤمِنينَ. قالَ: نَعَمْ. فأخَذَ منهما نِصفَ الرِّبحِ»، فلم يُنكِرْ عُمرُ قَولَ ابنِه: لو هلَكَ المالُ أو نقَصَ ضَمِنَّاه، فلذلك طابَ له رِبحُه، ولا أنكَرَه أحدٌ من الصَّحابةِ بحَضرتِه[2].

(1) هذا الحَديثُ رَواه الإمامُ البُخاريُّ في «صَحيحِه» وعَنوَنَ عليه: بابُ مَنِ استأجَرَ أجيرًا فترَكَ الأَجيرُ أجرَهُ فعَمِلَ فيهِ المُستأجِرُ فزادَ أو مَن عَمِلَ في مالِ غَيرِه فاستَفضَلَ.

(2) «شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 397، 398)، ويُنْظَر: «مختصر اختلاف العُلماء» (3/ 176)، و«بدائع الصنائع» (6/ 14)، و(7/ 154)، و«الهداية» (4/ 13)، و«العناية» (13/ 355)، و«شرح فتح القدير» (6/ 475)، و«مجمع الأنهر» (4/ 83)، و«مواهب الجليل» (7/ 229، 230)، و«الذخيرة» (9/ 178)، و«التاج والإكليل» (4/ 262، 263)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 111)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 123، 124)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«تحبير المختصر» (4/ 346)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 154)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

القَولُ الثـانِي: أنَّ الـرِّبحَ للغاصِـبِ لكـنْ لا يَطيبُ لـه، ويَجبُ عليـه أنْ يَتصدَّقَ به إذا اشتَرىٰ بعَينِ النُّقودِ، ويَردُّ رأسَ مالِ الغَصبِ إلىٰ صاحِبِه، وهو قَولُ الإمامِ أَبي حَنيفةَ ومُحمدِ بنِ الحَسنِ وزُفرَ وأَحمدَ في روايةٍ؛ لأنَّ الـرِّبحَ هنا خَبيثٌ لحُصولِه بسَببٍ خَبيثٍ، فكانَ سَبيلُه التَّصدُّقَ به[1].

القَولُ الثالِثُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ للمالِك ولـيس للغاصِبِ على الصَّـحيحِ عندَ الحَنابِلةِ وهو قَولُ ابنِ عُمرَ وأَبي قِلابةَ وإِسحاقَ[2].

قالَ الحَنابِلةُ: إنِ اتَّجرَ الغاصِبُ بعَينِ المالِ المَغصوبِ بأنْ كانَ نَقدًا فاتَّجرَ به أو غصَبَ عُروضًا فباعَها واتَّجرَ بثَمنِها أو اشتَرىٰ في ذِمتِه ثم نقَدَها منه وحصَلَ رِبحٌ فالرِّبحُ والسِّلعُ المُشتراةُ للمالِك، نقَلَه الجَماعةُ؛ لأنَّه لمَّا تعيَّنَ جَعلُ الرِّبحِ للغاصِبِ أو المَغصوبِ منه فجَعْلُه للمالِك أَوْلىٰ؛ لأنَّه في مُقابَلةِ مالِه الذي فاتَه بمَنعِه، ولم يُجعَلْ للغاصِبِ شَيءٌ مَنعًا للغَصبِ.



(1) «مختصر اختلاف العُلماء» (3/ 176)، و«بدائع الصنائع» (6/ 14)، و(7/ 154)، و«الهداية» (4/ 13)، و«العناية» (13/ 355)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 144)، و«مجمع الأنهر» (4/ 83)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 396، 397)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379)، و«المبدع» (5/ 187)، و«الإنصاف» (6/ 208).

(2) «مختصر اختلاف العُلماء» (3/ 176)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 397)، و«بداية المجتهد» (2/ 234)، و«الإشراف» (6/ 336، 337)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379)، و«المبدع» (5/ 187)، و«الإنصاف» (6/ 208)، و«كشاف القناع» (4/ 138).

قـالَ البُهـوتيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وسَـواءٌ قُلنا بصِحةِ الشِّـراءِ أو ببُطلانِـه، وهـذه المَسألةُ مُشكِلةٌ جِدًّا علىٰ قَواعدِ المَذهبِ؛ لأنَّ تَصرفاتِ الغاصِبِ غيرُ صَحيحةٍ، فكيف يَملكُ المالِكُ الرِّبحَ والسِّلعَ؟ لكنَّ نُصوصَ أَحمدَ مُتَّفقةٌ علىٰ أنَّ الرِّبحَ للمالِك، فخرَّجَ الأَصحابُ ذلك علىٰ وُجوهٍ كلُّها ضَعيفةٌ، فبَناه ابنُ عَقيلٍ علىٰ صِحةِ تَصرُّفِ الغاصِبِ وتَوقُّفِه علىٰ الإِجازةِ، وتَبِعَه في «المُغني» وبَناه في «التَّلخيص» علىٰ أنَّها صَحيحةٌ لا تَتوقَّفُ علىٰ الإِجازةِ؛ لأنَّ ضَررَ الغَصبِ يَطولُ بطُولِ الزَّمانِ فيَشقُّ اعتِبارُه.

وخَصَّ ذلك بما طالَ زَمنُه، وحمَلَه القاضِي في بَعضِ كُتبِه علىٰ أنَّ الغاصِبَ اشترَىٰ في الذِّمةِ ثم نقَدَ فيه دَراهمَ الغَصبِ، وصرَّحَ بذلك أَحمدُ في رِوايةِ المَروَزيِّ، فيُحملُ مُطلَقُ كَلامِه علىٰ مُقيَّدِه، وحمَلَه ابنُ رَجبٍ في «فَوائد القَواعدِ» علىٰ أنَّ النُّقودَ لا تَتعيَّنُ بالتَّعيينِ، فيَصيرُ كما لو اشترَىٰ في ذِمتِه.

وحمَلَه في «المُبدع» علىٰ ما إذا تعذَّرَ رَدُّ المَغصوبِ إلىٰ مالِكِه ورَدُّ الثَّمنِ إلىٰ المُشترَي[1].

وقالَ الإِمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا غصَبَ أَثمانًا فاتَّجرَ بها أو عُروضًا فباعَها واتَّجرَ بثَمنِها فقالَ أَصحابُنا: الرِّبحُ للمالِك والسِّلعُ المُشتَراةُ له.

---

(1) «كشاف القناع» (4/ 138)، **ويُنظَر**: «المبدع» (5/ 187)، و«الإنصاف» (6/ 208)، و«شرح منتهى الإرادات» (4/ 166)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 62).

وقالَ الشَّريفُ أبو جعفرٍ وأبو الخَطابِ: إنْ كانَ الشِّراءُ بعَينِ المالِ فالرِّبحُ للمالِك.

قالَ الشَّريفُ: وعن أَحمدَ أنَّه يَتصدَّقُ به.

وإنِ اشتَراه في ذِمتِه ثم نقَدَ الأَثمانَ فقالَ أَبو الخَطابِ: يَحتملُ أنْ يَكونَ الرِّبحُ للغاصِبِ، وهو قَولُ أَبي حَنيفةَ والشافِعيِّ في أحدِ قَولَيه؛ لأنَّه اشتَرىٰ لنَفسِه في ذِمتِه.

فكانَ الشِّراءُ له والرِّبحُ له، وعليه بَدلُ المَغصوبِ، وهذا قياسُ قَولِ الخِرقيِّ.

ويَحتملُ أنْ يَكونَ الرِّبحُ للمَغصوبِ منه؛ لأنَّه نَماءُ مِلكِه، فكانَ له كما لو اشتَرىٰ له بعَينِ المالِ، وهذا هو ظاهِرُ المَذهبِ، وإنْ حصَلَ خُسرانٌ فهو علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه نَقصٌ حصَلَ في المَغصوبِ، وإنْ دفَعَ المالَ إلىٰ مَن يُضارِبُ به فالحُكمُ في الرِّبحِ علىٰ ما ذَكَرناه.

وليس علىٰ المالِك من أَجرِ العامِلِ شَيءٌ؛ لأنَّه لم يَأذَنْ له في العَملِ في مالِه، وأمَّا الغاصِبُ فإنْ كانَ المُضارِبُ عالِمًا بالغَصبِ فلا أجرَ له؛ لأنَّه مُتعَدٍّ بالعَملِ ولم يَغرَّه أحدٌ، وإنْ لم يَعلَمْ بالغَصبِ فعلىٰ الغاصِبِ أَجرُ مِثلِه؛ لأنَّه استَعمَلَه عَملًا بعِوضٍ لم يَحصُلْ له فلزِمَه أَجرُه كالعَقدِ الفاسِدِ[1].

(1) «المغني» (5/ 159، 160)، و«الكافي» (2/ 393).



القَولُ الرابِعُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ لبَيتِ المالِ، **وهو رِوايةٌ عن الإمامِ أَحمدَ**[1].

القَولُ الخامِسُ للشافِعيةِ حيثُ قالوا: لو اتَّجرَ الغاصِبُ بالمَغصوبِ أو بمالِ الغيرِ في يَدِه وَديعةً أو رَهنًا أو سَومًا أو عاريةً بغيرِ إذنِ المالِك فإنْ باعَ أو اشترَىٰ بعَينِه بطَلَ ولا يَملِكُ العِوضَ، وإذا تَسلَّمَ وفاتَ غُرمُ المِثلِ أو القيمةِ، وما حصَلَ من الرِّبحِ إنْ أمكَنَ رَدُّه إلىٰ صاحِبِ كلِّ عَقدٍ رَدَّه، وإلا فهو مالٌ ضائعٌ.

ولو أسلَمَ أو اشترَىٰ في الذِّمةِ وسلَّمَ المَغصوبَ صَحَّ العَقدُ وفسَدَ التَّسليمُ، ولا تَبرأُ ذِمتُه من الثَّمنِ، ويَملِكُ الغاصِبُ ما أخَذَ وأَرباحَه[2].

وقال العِمرانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنْ غصَبَ من رَجلٍ دَراهمَ أو دَنانيرَ فاتَّجرَ في ذِمتِه ونقَدَ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ وربِحَ ففيه قَولانِ:

أَحدُهما: قالَ في القَديمِ: (يَكونُ الرِّبحُ للمَغصوبِ منه؛ لأنَّه نَماءُ مالِه، فهو كثَمرةِ الشَّجرةِ، ولأنَّا لو جَعَلنا ذلك مِلكًا للغاصِبِ لأدَّىٰ ذلك إلىٰ ارتِفاقِ الغاصِبِ بمالِ المَغصوبِ منه بغيرِ إذنِه، فجُعلَ ذلك مِلكًا للمَغصوبِ منه بغيرِ إذنِه؛ ليَنحَسِمَ البابُ).

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 685)، و«مغني المحتاج» (3/ 312)، و«نهاية المحتاج» (5/ 209)، و«حاشية الرملي علىٰ أسنىٰ المطالب» (2/ 357)، و«بحر المذهب» للروياني (7/ 105).

والثاني: **قالَ في الجَديدِ**: (هو مِلكٌ للغاصِبِ؛ لأنَّ ذلك ليس بمُتولَّدٍ من مالِ المَغصوبِ منه، وإنَّما هو نَماءُ مِلكِ الغاصِبِ، فهو كما لو غصَبَ من رَجلٍ أرضًا وزرَعَ فيها زَرعًا)[1].

القَولُ السادِسُ: أنَّ الرِّبحَ يَكونُ بينَهما -المالِك والغاصِبُ- فيَقتسِمانه بينَهما كالمُضاربةِ، **وهو رِوايةٌ عن الإمامِ أَحمدَ، وهو اختِيارُ شَيخِ الإسلامِ ابنِ تَيميةَ** وقالَ: هو أصَحُّ الأَقوالِ.

وقالَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدَما ذكَرَ قِصةَ عُمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مع ابنَيه: فعمِلَ عُمرُ بذلك، وهذا أحسَنُ الأَقوالِ التي تنازَعَها الفُقهاءُ في مَسألةِ التِّجارةِ بالوَديعةِ وغيرِها من مالِ الغيرِ، فإنَّ فيها أربعَةَ أَقوالٍ في مَذهبِ أَحمدَ وغيرِه.

هل الرِّبحُ لبَيتِ المالِ بِناءً، أو الرِّبحُ للعامِلِ لأنَّ المِلكَ حصَلَ له باشتِراءِ الأَعيانِ في الذِّمةِ، أو يَتصدَّقان بالرِّبحِ لأنَّه خَبيثٌ، أو يَقتسِمان بينَهما كالمُضارَبةِ؟ وهذا الرابِعُ الذي فعَلَه عُمرُ[2].

وسُئلَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ **أيضًا** عن المالِ المَغصوبِ من الإبِلِ وغيرِها إذا نَمَت عندَ الغاصِبِ ثم تابَ، كيف يَتخلَّصُ من المالِ، وهل هو حَرامٌ أو لا؟

---

(1) «البيان» (7/ 39، 40).

(2) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 130)، و«مختصر الفتاوىٰ المصرية» (379).



فأَجـابَ: أعـدَلُ الأَقـوالِ في ذلـك أنْ يَجعـلَ نَمـاءَ المـالِ بـينَ المالِـك والعامِلِ، كما لو دفعَه إلىٰ مَن يَقومُ عليه بجُزءٍ من نَمائِه، ثـم إنَّ الأصلَ ونَصيبَ المالِك إذا تعذَّرَ دَفعُه إلىٰ مالِكِه صرَفَه في مَصالحِ المُسلِمينَ[1].

أُجرةُ المَغصوبِ في مُدةِ الغَصبِ:

إذا غصَبَ الغاصِبُ شَيئًا وكانَ له أجرٌ فهذا لا يَخلو من حالتَينِ: إمَّا أنْ يَستعمِلَه في تلك المُدةِ وإمَّا لا؟

الحالةُ الأُولى: أنْ يَستخدمَ العَينَ المَغصوبةَ في مُدةِ الغَصبِ:

اختلَفَ العُلماءُ فيما لو غصَبَ الغاصِبُ دارًا أو دابَّةً أو سَيارةً أو ثَوبًا وانتفَعَ به بسُكنىٰ أو برُكوبٍ أو بلُبسٍ، هل تَلزمُه أُجرةُ المِثلِ للمُدةِ التي قامَت في يَدِه أو يَردُّه فقط بلا أُجرةٍ؟

فذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه يَجبُ عليه أُجرةُ المِثلِ للمُدةِ التي قامَت العَينُ في يَدِه فيها إذا استَوفَىٰ المَنفَعةَ أو لم يَستَوفِها إذا كانَت تَصحُّ إجارَتُه كما سيأتي.

قالَ الشافِعيةُ: وتُضمَنُ بأُجرةِ المِثلِ مَنفعةُ الدارِ والعَبدِ ونَحوِهما من كلِّ ما له مَنفعةٌ يُستأجَرُ عليها بالتَّفويتِ بالاستِعمالِ، والفَواتُ هو ضَياعُ المَنفعةِ من غيرِ انتِفاعٍ، كإغلاقِ الدارِ في يَدٍ عاديةٍ؛ لأنَّ المَنافعَ مُتقوَّمةٌ فكانَت مَضمونةً بالغَصبِ كالأَعيانِ، سَواءٌ أكانَ مع ذلك أَرشُ نَقصٍ أم لا، فلو كانَ للمَغصوبِ أُجرةٌ مُتفاوِتةٌ في المُدةِ ضمِنَ كلَّ مُدةٍ بما يُقابِلُها.

---

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 378).



وإنْ كانَ للمَغصوبِ صَنائعُ وجَبَ أُجرةُ أَعلاها إنْ لم يُمكِنْ جَمعُها، وإلا فأُجرةُ الجَميعِ كخياطةٍ وحِراسةٍ وتَعليمِ قُرآنٍ.

أمَّا ما لا مَنفعةَ له أو كانَت مما لا يَجوزُ استِئجارُه لها كحَبّةِ حِنطةٍ وكَلبٍ وآلةِ لَهوٍ فلا أُجرةَ له، ولو اصطادَ الغاصِبُ بالكَلبِ شَيئًا فهو له، كما لو اصطادَ بشَبكةٍ أو قَوسٍ غصَبَهما ونصَبَهما؛ لأنَّه آلةٌ فقط، بخِلافِ ما لو غصَبَ رَقيقًا واصطادَ له، فإنَّه يَضمَنُ صَيدَه إنْ وضَعَ يَدَه عليه؛ لأنَّه علىٰ مِلكِ مالِكِه وأُجرتَه أيضًا؛ إذْ ربَّما استعمَلَه مالِكُه في غيرِ ذلك[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: متىٰ كانَ للمَغصوبِ أجرٌ فعلىٰ الغاصِبِ أجرُ مِثلِه مُدةَ مُقامِه في يَدِه، سَواءٌ استوفَىٰ المَنافعَ أو ترَكَها تَذهبُ؛ لأنَّ كلَّ ما ضمِنَه بالإتلافِ في العَقدِ الفاسِدِ جازَ أنْ يَضمنَه بمُجردِ الإتلافِ كالأعيانِ، ولأنَّه أتلَفَ مُتقوَّمًا فوجَبَ ضَمانُه كالأعيانِ، أو نَقولُ: مالٌ مُتقوَّمٌ مَغصوبٌ، فوجَبَ ضَمانُه كالعَينِ، وأمَّا حَديثُ: «الخَراجُ بالضَّمانِ» فوارِدٌ في البَيعِ ولا يَدخلُ فيه الغاصِبُ؛ لأنَّه لا يَجوزُ له الانتِفاعُ بالمَغصوبِ بالإجماعِ، ولا يُشبهُ الزِّنا لأنَّها رَضيَت بإتلافِ مَنافعِها بغيرِ عِوضٍ ولا عَقدٍ يَقتَضي العِوضَ، فكانَ بمَنزلةِ مَن أعارَه دارَه، ولو أكرَهَها عليه لزِمَه مَهرُها.

وهذا فيما له مَنافعُ تُستَباحُ بعَقدِ الإجارةِ كالعَقارِ والثِّيابِ والدَّوابِّ ونَحوِها.

---

(1) «البيان» (7/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 193)، و«مغني المحتاج» (3/ 303، 304)، و«تحفة المحتاج» (7/ 57)، و«نهاية المحتاج» (5/ 194)، و«الديباج» (2/ 392).



فأمَّا الغَنَمُ والشَّجرُ والطَّيرُ ونَحوُها فلا شَيءَ فيها؛ لأنَّه لا مَنافعَ لها يَستحِقُّ بها عِوضًا، ولو غصَبَ جاريةً ولم يَطأَها ومَضَت عليها مُدةٌ يُمكِنُ الوَطءُ فيها لم يَضمَنْ مَهرَها؛ لأنَّ مَنافعَ البُضعِ لا تَتلَفُ إلا بالاستيفاءِ بخِلافِ غيرِها، ولأنَّها لا تُقدَّرُ بزَمنٍ فيَكونُ مُضيُّ الزَّمانِ يُتلِفُها بخِلافِ المَنفعةِ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه لا يَلزمُه الأُجرةُ مُدةَ مُقامِها عندَه وإنِ استَعمَلَها؛ لأنَّ المَنافعَ لا تُضمَنُ بالغَصبِ إلا أنْ يَنقُصَ باستِعمالِه فيَغرَمَ النُّقصانَ.

فإذا غصَبَ دارًا فسكَنَها أو عَبدًا فاستَعمَلَه أو دابةً فركِبَها فلا أُجرةَ للمالِك، سَواءٌ استَوفاها أو لم يَستَوفِها؛ لأنَّها حصَلَت علىٰ مِلكِ الغاصِبِ لحُدوثِها في إمكانِه -أي: تَصرُّفِه وقُدرتِه وكَسبِه-؛ إذْ هي لم تَكُنْ حادِثةً في يَدِ المالِكِ؛ لأنَّها أعراضٌ لا تَبقَىٰ فيَملكُها دَفعًا لحاجَتِه، والإنسانُ لا يَضمنُ مِلكَه، كيف وهو لا يَتحقَّقُ غَصبُها وإتلافُها لأنَّه لا بَقاءَ لها، ولأنَّها لا تُماثِلُ الأَعيانَ لسُرعةِ فَنائِها وبَقاءِ الأَعيانِ؟ ولا نُسلِّمُ بأنَّها مُتقوَّمةٌ في ذاتِها، بل تُقوَّمُ ضَرورةً عندَ وُرودِ العَقدِ، ولم يُوجَدِ العَقدُ، إلا أنَّ ما انتقَصَ باستِعمالِه مَضمونٌ عليه لاستِهلاكِه بَعضَ أَجزاءِ العَينِ.

---

(1) «المغني» (5/ 169)، و«المبدع» (5/ 185)، و«الإنصاف» (6/ 21، 202)، و«شرح الزركشي» (2/ 163، 164).



وهذا فيما عَدا ثَلاثة مَواضعَ فيَجبُ فيها أُجرةُ المِثلِ علىٰ اختيارِ المُتأخِّرينَ وعليه الفَتوىٰ، وهي:

أنْ يَكونَ وَقفًا أو ليَتيمٍ أو مُعدًّا للاستِغلالِ بأنْ بَناه أو اشتَراه لذلك[1].

وأمَّا المالِكيةُ فعندَهم تَفصيلٌ، والمَشهورُ عندَهم أنَّ مَن غصَبَ عَبدًا أو دابَّةً أو دارًا أو غيرَ ذلك فاستعَمَله بنَفسِه أو كَراهُ فإنَّه يَضمَنُ للمالِكِ ما استغَلَّه، وسَواءٌ هلَكَ المَغصوبُ أو لا، فيأخُذُ المَغصوبُ منه الغَلةَ وقيمةَ الرَّقبةِ.

وقيلَ: يَضمَنُ غَلةَ الرِّباعِ والغَنمِ والبَقرِ والإبِلِ دونَ العَبيدِ والدَّوابِّ، **وهو مَذهبُ «المُدوَّنة»**.

وعن مالِكٍ عَدمُ الضَّمانِ مُطلَقًا.

وعنه: إنْ تَولَّىٰ استِخدامَ الرَّقيقِ واستِعمالَ الدَّوابِّ بنَفسِه لم يَضمَنْ، بخِلافِ ما كَراه من غيرِه.

قالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا انتَفعَ الغاصِبُ بالمَغصوبِ إمَّا بنَفسِه -مِثلَ أنْ يَسكنَ الدارَ أو يَركبَ الدابَّةَ أو يَستخدِمَ العَبدَ أو يَزرعَ الأرضَ- أو بأنْ يُؤاجِرَ ذلك يأخُذُ غَلَّتَه فقد اختُلفَ فيه: ففرَّقَ ابنُ القاسِمِ بينَ العَقارِ وبينَ الحَيوانِ فقالَ في الرَّبعِ إنْ سكَنَه بنَفسِه أو زرَعَ الأرضَ لزِمَه

(1) «الهداية» (4/ 20)، و«مختصر الوقاية» (2/ 142)، و«العناية» (13/ 401، 403)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 140)، و«اللباب» (1/ 640).



أُجرةُ المِثلِ، وإنْ كانَ أكراها من غيرِه لزِمَ غُرمُ ما كَراها به إنْ كانَ بقَدرِ أُجرةِ المِثلِ، وإنْ كانَ دونَ ذلك لزِمَه تَمامُ الأُجرةِ.

وفي الدَّوابِّ والرَّقيقِ لا رُجوعَ للمالِكِ علىٰ الغاصِبِ، لا فيما انتفَعَ به بنَفسِه ولا فيما كَراه واغتَلَّه.

وقيلَ: لا فَرقَ بينَ ذلك كلِّه، ويَرجعُ المالِكُ عليه بكِراءٍ وغَلَّةِ ما اغتَلَّه، ولا يَرجعُ عليه بما ركِبَ بنَفسِه أو استَخدَمَ.

وقيلَ عن مالِكٍ: إنَّ المالِكَ لا يَرجعُ بشَيءٍ أصلًا، لا مِن أُجرةٍ ولا مِن كِراءٍ، لا فيما انتفَعَ الغاصِبُ بنَفسِه ولا فيما كَراه في كلِّ شَيءٍ من الرِّباعِ والحَيوانِ وغيرِها، وأنَّ المَنافعَ بالضَّمانِ.

فوَجهُ التَّفريقِ بينَ الحَيوانِ والرِّباعِ أنَّ الحَيوانَ غيرُ مَأمونٍ؛ لأنَّ التَّغيُّرَ يُسرعُ إليه، والتَّلفُ غالِبًا يَجوزُ عليه، فيُمكنُ أنْ يَتلَفَ باستِعمالِه فيَلزمُه قيمَتُه فكانَ الخَراجُ له، وليس كذلك الرِّباعُ لأنَّها مَأمونةٌ في الغالِبِ، ولأنَّ الحَيوانَ مُحتاجٌ إلىٰ نَفقةٍ ومُؤنةٍ، والغاصِبُ لا يَرجعُ بما أنفَقَ عليه، فكانَتِ المَنافِعُ غيرَ مَضمونةٍ عليه، والرِّباعُ يَرجعُ بما أنفَقَ فيها أو عَمَرَه فيأخُذُ منه قيمةَ ما انتفَعَ وأُجرةَ ما اغتَلَّ.

ووَجهُ التَّفريقِ بينَ انتِفاعِه بنَفسِه وبينَ ما كَراه واغتَلَّه في الحَيوانِ والرَّقيقِ أنَّ ما أكراه عِوضًا في مَنافعِ مِلكِ الغيرِ، فكانَ كالعَينِ القائمةِ فلزِمَه رَدُّها، وما سكَنَ بنَفسِه لم يأخُذْ عليه عِوضًا يَستحِقُّ رَدَّه عليه، ولأنَّه إنْ

تلفَ ذلك في استِخدامِه أو رُكوبِه غرِمَ القيمةَ ولم يأخُذْ شَيئًا يُغرَمُ منه، فإنْ أكراه ثم تلِفَ فقد اعتاضَ الكِراءَ الذي يُغرَّمُ منه.

ووَجهُ القَولِ بأنَّ المَنافعَ غيرُ مَضمونةٍ أصلًا قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الخَراجُ بالضَّمانِ**»، ولأنَّ الغاصِبَ لمَّا كانَ ضامِنًا للعينِ بقيمَتِها يَومَ الغَصبِ لم يَكُنْ لمَنافعِها حُكمٌ في الضَّمانِ؛ لأنَّها مُتابِعةٌ للعَينِ، فأمَّا إنِ اختارَ المالِكُ أخْذَ العَينِ ولا يَرجعُ بشَيءٍ أو ضمَّنَه قيمَتَها يَومَ الغَصبِ، ولأنَّ الضَّمانَ بالجِنايةِ آكَدُ من الضَّمانِ بالاستِخدامِ وغيرِه، وقد بيَّنَّا أنَّ الغاصِبَ لو جَنىٰ علىٰ بَعضِ أَطرافِ المَغصوبِ لم يَكُنْ للمالِكِ إلا أخْذُه ناقِصًا بالأَرشِ، أو إسلامُه والرُّجوعُ بالقيمةِ يَومَ الغَصبِ، فكانَ بألَّا يَرجعَ في المَنافعِ أوْلىٰ.

ووَجهُ القَولِ بأنَّه يَرجعُ عليه في كلِّ ذلك قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرِئٍ مُسلمٍ إلا عن طِيبِ نَفسٍ منه**»[1]، ولأنَّه انتفَعَ بمِلكِ غيرِه من غيرِ مِلكٍ ولا شُبهةٍ، فلزِمَه قيمةُ ما انتفَعَ به، أصلُه إذا ابتدَأَ الاستِخدامَ والسُّكنىٰ من غيرِ غَصبٍ[2].

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: تقدم.

(2) «المعونة» (2/ 192، 193)، ويُنْظَر: «المدونة الكبرىٰ» (14/ 345)، و«البيان والتحصيل» (11/ 278)، و«التاج والإكليل» (4/ 309، 310)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 137)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 168)، و«تحبير المختصر» (4/ 391)، و«الفواكه الدواني» (2/ 176).

الحالةُ الثانيةُ: ألَّا يَستخدمَ المَغصوبَ في مُدةِ الغَصبِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيمَن غصَبَ دارًا أو عَبدًا أو دابَّةً أو سَيارةً أو ثَوبًا أو غيرَ ذلك فلم يَنتفِعْ به بسُكنىٰ ولا استِخدامٍ ولا رُكوبٍ ولا لُبسٍ ولا غيرِ ذلك، ولا أَكراه ولا أغَلَّه، هل تَجبُ عليه أُجرةُ المِثلِ للمُدةِ التي قامَت في يَدِه أو لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ وأَحمدُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه لا يَجبُ عليه شَيءٌ ولا يُطالَبُ بأُجرةِ المُدةِ التي بَقيَت غَصبًا في يَدِه؛ لأنَّها مَنافِعُ لم تُستَوفَ من المَغصوبِ فلم يَضمَنْها الغاصِبُ، أصلُه مَنافعُ البُضعِ، وهو أنْ يَحبسَ حُرةً لا يُمكنُها التَّزويجُ ويأخُذَ بَدلَ بُضعِها حتىٰ مَضَت مُدةٌ من الزَّمانِ، فإنَّه لا يَضمَنُ مَهرَ مِثلِها، ولأنَّها مَنافعُ تَلِفَت في يَدِ الغاصِبِ من غيرِ أنْ يَنتفعَ بها أو يأخُذَ لها بَدلًا فلم يَضمَنْها كبُضعِ الأَمةِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابلةُ في المَذهبِ وبعضُ المالِكيةِ كمُطرِّفٍ وابنِ الماجِشونِ وابنِ عبدِ الحَكمِ وأَصبَغَ وابنِ حَبيبٍ إلىٰ أنَّه يَجبُ عليه أُجرةُ المِثلِ للمُدةِ التي قامَت العَينُ في يَدِه فيها، استَوفَىٰ المَنفعةَ أو لم يَستَوفِها

---

(1) «الهداية» (4/ 20)، و«مختصر الوقاية» (2/ 142)، و«العناية» (13/ 401، 403)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 140)، و«اللباب» (1/ 640)، و«المعونة» (2/ 191، 192)، و«التاج والإكليل» (4/ 309، 310)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 137)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 168)، و«تحبير المختصر» (4/ 391)، و«الفواكه الدواني» (2/ 176)، و«الإنصاف» (6/ 21، 202).



إذا كانَت تَصحُّ إِجارتُها؛ لأنَّ المَنافعَ مُتقوَّمةٌ فكانَت مَضمونةً بالغَصبِ كالأَعيانِ.

قالَ الإِمامُ العِمرانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَن غصَبَ عَينًا لغيرِه، وهو مِن أهلِ الضَّمانِ في حَقِّه، وأَقامَت في يَدِه مُدةً لِمثلِها أُجرةٌ، فإنْ كانَ لمِثلِ تلك العَينِ مَنفعةٌ تُملَكُ بالإجارةِ، كسُكنىٰ الدارِ وزِراعةِ الأرضِ وخِدمةِ العَبدِ والجاريةِ وما أشبَهَ ذلك وجَبَ علىٰ الغاصِبِ أُجرةُ مِثلِها لتلك المُدةِ، سَواءٌ انتفَعَ بها أو لم يَنتفِعْ بها، وإنْ كانَت المَنفعةُ لا تُستباحُ بالإجارةِ كمَنفَعةِ وَطءِ الجاريةِ لم يَجِبْ عليه ضَمانُها؛ لأنَّ الغَصبَ لا يَمنعُ المالِكَ من المُعاوَضةِ علىٰ بُضعِها، وهو عَقدُ النِّكاحِ، ويَمنعُه من إِجارتِها، **هذا مَذهبُنا، وبه قالَ أَحمدُ.**

وقالَ أَبو حَنيفةَ: (لا يَجبُ عليه ضَمانُ أُجرةِ المَنافعِ بحالٍ).

دَليلُنا: أنَّ ما صَحَّ أنْ يُملَكَ بالمُسمَّىٰ في العَقدِ الصَّحيحِ، وبالمِثلِ في العَقدِ الفاسِدِ، وهو ممَّا يُطلَبُ بعَقدِ المُغابَنةِ ضُمِنَ بالغَصبِ كالأَعيانِ.

فقَولُنا: (وهو ممَّا يُطلبُ بعَقدِ المُغابَنةِ) احترازٌ من مَنفعةِ الاستِمتاعِ[1].

وقد تَقدَّمَ قَولُهم مُفصَّلًا في الحالةِ الأُولىٰ السابِقةِ.

(1) يُنْظَر: «البيان» (7/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 193)، و«مغني المحتاج» (3/ 303، 304)، و«تحفة المحتاج» (7/ 57)، و«نهاية المحتاج» (5/ 194)، و«الديباج» (2/ 392)، و«المغني» (5/ 169)، و«المبدع» (5/ 185)، و«الإنصاف» (6/ 21، 202)، و«شرح الزركشي» (2/ 163، 164)، و«تحبير المختصر» (4/ 391).



حُكمُ تَفويتِ مَنافعِ الإنسانِ وتَعطيلِها:

الغاصِبُ إذا فوَّتَ مَنافعَ إنسانٍ فهذا لا يَخلو من ثَلاثِ حالاتٍ:

الحالةُ الأُولى: أنْ يَحبِسَه ولا يَستخدِمَه:

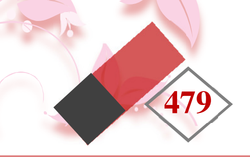
اختَلفَ العُلماءُ في حُكمِ مَن فوَّتَ مَنفعةَ إنسانٍ مُدةً من الزَّمنِ لمِثلِها أُجرةٌ بأنْ حبَسَه مُدَّةً من الزَّمنِ حتىٰ فاتَه عَملٌ مِن تِجارةٍ أو صِناعةٍ أو نَحوِها، هل يَضمَنُ له أُجرةَ مُقامِه عندَه أو لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ في الأصَحِّ والحَنابِلةُ في أحدِ الوَجهَينِ إلىٰ أنَّ الإنسانَ إذا حبَسَ إنسانًا حُرًّا مُدةً لمِثلِها أُجرةٌ أنَّه لا يَلزمُه أُجرةُ تلك المُدةِ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ من الحابِسِ إتلافُ مَنافعِه ولا إثباتُ يَدِه عليه، بل مَنافعُ المَحبوسِ في يَدِه كثِيابِ بَدنِه، وكما لا يَضمنُ ثِيابَ بَدنِه بالحَبسِ فكذلك مَنافعُه.

وذهَبَ الشافِعيةُ في مُقابلِ الأصَحِّ والحَنابِلةُ في الوَجهِ الثاني إلىٰ أنَّ مَنافعَ الحُرِّ تُضمَنُ بالفَواتِ، فمَن حبَسَ إنسانًا مُدةً لمِثلِها أجرٌ يَلزمُه أجْرُ تلك المُدةِ؛ لأنَّه فوَّتَ مَنفعتَه، وهي مالٌ يَجوزُ أخْذُ العِوضِ عنها فضُمِنت بالغَصبِ كمَنافعِ العَبدِ.

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَستخدِمَه كُرهًا:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما إذا غصَبَ إنسانٌ حُرًّا فاستَعمَله كُرهًا، هل يَجبُ عليه أُجرةُ تلك المَنفعةِ أو لا؟



فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ مَن استعمَلَ إنسانًا كُرهًا فإنَّه يَضمَنُ له أُجرةَ تلك المُدةِ؛ لأنَّه استَوفَىٰ مَنافِعَه، وهي مُتقوَّمةٌ فلزِمَه ضَمانُها كمَنافعِ العَبدِ.

وقالَ الحَنفيةُ: يأثَمُ ويُؤدَّبُ علىٰ ما صنَعَ ولكنَّه لا يَضمَنُ شَيئًا.

الحالةُ الثالِثةُ: أنْ يَمنعَه عن العَملِ من غيرِ حَبسٍ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ الإنسانَ إذا منَعَ غيرَه عن العَملِ من غيرِ حَبسٍ لم يَضمَنْ مَنافِعَه ولا أُجرةَ له؛ لأنَّه لو فعَلَ ذلك بالعَبدِ لم يَضمَنْ مَنافعَه فالحُرُّ أَوْلىٰ[1].

تَصرُّفاتُ الغاصِبِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في حُكمِ تَصرفاتِ الغاصِبِ ببَيعٍ أو غيرِه، هل هي باطِلةٌ ولا يَترتَّبُ عليها شَيءٌ من آثارِها من انتِقالِ المِلكِ وغيرِه أو صَحيحةٌ مَوقوفةٌ علىٰ إجازةِ المالِكِ كالفُضوليِّ؟

فذهَبَ الشافِعيةُ في الجَديدِ وهو المَذهبُ عندَهم والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ تَصرفاتِ الغاصِبِ بعَينِ المَغصوبِ بأنْ باعَ أو اشتَرىٰ

---

(1) «المبسوط» (11/ 78، 80)، و«مجمع الضمانات» (1/ 313)، و«التاج والإكليل» (4/ 320)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 143)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 178)، و«تحبير المختصر» (4/ 400)، و«الحاوي الكبير» (7/ 161، 162)، و«البيان» (7/ 80)، و«النجم الوهاج» (5/ 194)، و«مغني المحتاج» (3/ 304)، و«تحفة المحتاج» (7/ 58، 59)، و«المغني» (5/ 175).





بعَينِ المالِ المَغصوبِ أنَّ تَصرُّفَه باطِلٌ؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا بَيعَ إلَّا فيما تَملِكُ**»[1].

وأمَّا إنِ اشتَرىٰ في ذِمتِه ثم نقَدَ من عَينِ المالِ المَغصوبِ فصَحيحٌ.

وفي قَولٍ عندَهما أنَّ تَصرفَه صَحيحٌ ومَوقوفٌ علىٰ إذنِ المالِكِ كالفُضوليِّ.

قالَ الشافِعيةُ في المَذهبِ: إذا تَصرفَ الغاصِبُ بعَينِ المالِ المَغصوبِ فتَصرفُه باطِلٌ، فلو اتَّجرَ الغاصِبُ بالمَغصوبِ فباعَ أو اشتَرىٰ بعَينِه بطَلَ ولا يَملِكُ العِوضَ، وإذا تسلَّمَ وفاتَ غَرِمَ المِثلَ أو القيمةَ، وما حصَلَ من الرِّبحِ إنْ أمكَنَ رَدُّه إلىٰ صاحِبِ كلِّ عَقدٍ رَدَّه، وإلا فهو مالٌ ضائِعٌ.

وأمَّا إنْ باعَ سلَمًا أو اشتَرىٰ في الذِّمةِ وسلَّمَ المَغصوبَ فيه فالعَقدُ صَحيحٌ والتَّسليمُ فاسِدٌ، فلا تَبرأُ ذِمتُه ممَّا التزَمَ، ويَملِكُ الغاصِبُ ما أخَذَ وأرباحُه له.

والقَديمُ أنَّ بَيعَه والشِّراءَ بعَينِه يَنعقِدُ مَوقوفًا علىٰ إجازةِ المالِكِ، فإنْ أَجازَ فالرِّبحُ له، وكذا إذا التزَمَ في الذِّمةِ وسلَّمَ المَغصوبَ تَكونُ الأَرباحُ للمالِكِ[2].

---

(1) حَديثٌ حَسَنٌ: رواه أبو داود (2190).

(2) «البيان» (7/ 39، 40)، و«روضة الطالبين» (3/ 685)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 10)، و«مغني المحتاج» (3/ 312)، و«نهاية المحتاج» (5/ 209)، و«حاشية الرملي علىٰ أسنىٰ المطالب» (2/ 357)، و«بحر المَذهب» للروياني (7/ 105).

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: تَصرفاتُ الغاصِبِ الحُكميَّةُ أو غيره ممَّن يَعلمُ بالحالِ وهي ما لها حُكمٌ من صِحةٍ أو فَسادٍ -أي: ما تُوصفُ تارةً بالصِّحةِ وتارةً بالفَسادِ- كالحَجِّ من المالِ المَغصوبِ وسائرِ العِباداتِ التي تَتعلَّقُ بالمَغصوبِ إذا فعَلَها عالِمًا ذاكِرًا، كالصَّلاةِ بثَوبٍ مَغصوبٍ أو في مَكانٍ مَغصوبٍ، والوُضوءِ من ماءٍ مَغصوبٍ وإِخراجِ زَكاتِه من مالٍ مَغصوبٍ، وكذا العُقودُ كالبَيعِ والإِجارةِ والهِبةِ ونَحوِها للمَغصوبِ، والإِنكاحِ كأنْ أنكَحَ الغاصِبُ أو غيرُه الأَمةَ المَغصوبةَ تَحرُمُ ولا تَصحُّ؛ لقَولِ النَّبيِّ ﷺ: «**مَن عمِلَ عَملًا ليس عليه أمرُنا فهو رَدٌّ**» أي مَردودٌ.

وكذا تَحرمُ التَّصرفاتُ غيرُ الحُكميةِ في المَغصوبِ، كإتلافِ المَغصوبِ واستِعمالِه.

ولكنْ إنِ اشتَرىٰ الغاصِبُ أو غيرُه في ذِمتِه ثم نقَدَ عَينَ المالِ المَغصوبِ أو ثَمنَها -ولو مِن وَديعةٍ عندَه- أو قارَضَ بهما -أي: بالوَديعةِ والغَصبِ- ولو كانَ الشِّراءُ بغيرِ نيةِ نَقدِ الثَّمنِ من الغَصبِ أو الوَديعةِ، فالعَقدُ -أي: الشِّراءُ- صَحيحٌ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في ذِمتِه، وهي قابلةٌ له، والإِقباضُ فاسِدٌ -أي: غَيرُ مُبرِئٍ؛ لعَدمِ إِذنِ المالِكِ فيه، والرِّبحُ والسِّلعُ في المُضاربةِ وغيرِها المُشتراةِ للمالِكِ.

وفي رِوايةٍ أنَّ تَصرفاتِ الغاصِبِ تَقعُ صَحيحةً وتَقفُ علىٰ إِجازةِ المالِكِ كالفُضوليِّ.



قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَصرفاتُ الغاصِبِ كتَصرفاتِ الفُضوليِّ علىٰ ما ذَكَرنا من الرِّوايتَينِ، **إحداهما:** بُطلانُها.

والثانية: صِحتُها ووُقوفُها علىٰ إجازةِ المالِكِ.

وذَكَر أَبو الخَطابِ أنَّ في تَصرفاتِ الغاصِبِ الحُكميةِ رِوايةً أنَّها تَقعُ صَحيحةً، وسَواءٌ في ذلك العِباداتُ كالطَّهارةِ والصَّلاةِ والزَّكاةِ والحَجِّ أو العُقودِ والإجارةِ والنِّكاحِ، وهذا يَنبَغي أنْ يَتقيَّدَ في العُقودِ بما لم يُبطِلْه المالِكُ، فأمَّا ما اختارَ المالِكُ إبطالَه وأخْذَ المَعقودِ عليه فلم نَعلَمْ فيه خِلافًا.

وأمَّا ما لم يُدرِكْه المالِكُ فوَجهُ التَّصحيحِ فيه أنَّ الغاصِبَ تَطولُ مُدتُه وتَكثُرُ تَصرفاتُه، ففي القَضاءِ بِبُطلانِها ضَررٌ كَثيرٌ، وربَّما عادَ الضَّررُ علىٰ المالِكِ، فإنَّ الحُكمَ بصِحتِها يَقتَضي كَونَ الرِّبحِ للمالِكِ، وكَونَ العِوضِ بنَمائِه زيادَتُه له، والحُكمُ بِبُطلانِه يَمنعُ ذلك[1].

وقالَ الحَنفيةُ: إذا باعَ الغاصِبُ المَغصوبَ من رَجلٍ لم يَنفُذْ تَصرفُه، ويَتوقَّفُ علىٰ إِجازةِ المالِكِ، فإنْ أجازَ المالِكُ بَيعَه صَحَّت الإِجازةُ إذا استَجمَعَت الإِجازةُ شَرائِطَها، وهي:

قيامُ البائِعِ والمُشتَري والمَعقودِ عليه، وأنْ تَكونَ الإِجازةُ قبلَ الخُصومةِ عندَ أبي حَنيفةَ، ولا يُشترَطُ قيامُ الثَّمنِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ إذا كانَ

---

(1) «المغني» (5/ 159)، و«الإنصاف» (6/ 203، 204)، و«كشاف القناع» (4/ 138)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 165، 166)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 62، 63).

البَيعُ بالدَّراهمِ أو بالدَّنانيرِ، وإنْ كانَ المالِكُ قد خاصَمَ الغاصِبَ في المَغصوبِ وطلَبَ من القاضِي أنْ يَقضيَ له بالمِلكِ ثم أَجازَ البَيعَ فعلىٰ قَولِ أَبي حَنيفةَ لا تَصحُّ إجازتُه، هكذا ذكَرَ شَمسُ الأئمةِ الحَلوانِيُّ وشَيخُ الإسلامِ خواهر زاده، وذكَرَ شَمسُ الأئمةِ السَّرخَسيُّ في شَرحِه أنَّ الإجازةَ صَحيحةٌ في ظاهرِ الرِّوايةِ، فإنْ كانَ لا يَعلمُ قيامَ المَبيعِ وَقتَ الإجازةِ بأنْ كانَ قد أبَقَ من يَدِ المُشتَري ذكَرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ أنَّ الإجازةَ صَحيحةٌ، فإنْ كانَ الغاصِبُ قد قبَضَ الثَّمنَ وهلَكَ في يَدِه ثم أجازَ المالِكُ البَيعَ هلَكَ الثَّمنُ علىٰ مِلكِ المَغصوبِ منه؛ اعتِبارًا للإجازةِ في الانتِهاءِ بالإذنِ في الابتِداءِ، كذا في «المُحيط»، ولو ملَكَ الغاصِبُ المَغصوبَ من جِهةِ المَغصوبِ منه ببَيعٍ أو هِبةٍ أو إرثٍ بعدَما باعَه من غيرِه بطَلَ البَيعُ بطَريانِ المِلكِ الباتِّ علىٰ المِلكِ المَوقوفِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: الغاصِبُ أو المُشتَري منه إذا باعَ الشَّيءَ المَغصوبَ فإنَّ للمالِكِ أنْ يُجيزَ ذلك البَيعَ؛ لأنَّ غايَتَه أنَّه بَيعُ فُضوليٍّ، وله أنْ يَردَّه، وسَواءٌ قبَضَ المُشتَري المَبيعَ أو لا، وسَواءٌ علِمَ المُشتَري أنَّه غاصِبٌ أو لا، كانَ المالِكُ حاضِرًا أو لا، قَرُب المَكانُ بحَيث لا ضَررَ علىٰ المُشتَري في الصَّبرِ إلىٰ أنْ يَعلمَ ما عندَه أو لا، ومِثلُ البَيعِ الهِبةُ وسائِرُ العُقودِ.

فإنْ أَمضىٰ المالِكُ البَيعَ رجَعَ بالثَّمنِ علىٰ الغاصِبِ إنْ قبَضَه من

---

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 187)، و«المحيط البرهاني» (5/ 436)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 149، 150).



المُشتَري وكانَ مَليئًا، وإنْ لم يَقبِضْه أو قبَضَه وكانَ مُعدِمًا رجَعَ علىٰ المُشتَري.

وقيلَ: لا رُجوعَ له علىٰ المُشتَري حيثُ كانَ الغاصِبُ قبَضَه ولو مُعدِمًا؛ بِناءً علىٰ أنَّ الإجازةَ للعَقدِ والقَبضِ معًا لا للعَقدِ فقط[1].

وقالَ الحَطابُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ص: (ولرَبِّه إِمضاءُ بَيعِه)، ش: قالَ في «المُدوَّنة»: ومَن غصَبَ عَبدًا أو أَمةً ثم باعَها ثم استحَقَّها رَجلٌ وهي بحالِها فليس له تَضمينُ الغاصِبِ القيمةَ وإنْ حالَت الأَسواقُ، وإنَّما له أنْ يأخُذَها أو يأخُذَ الثَّمنَ من الغاصِبِ، كما لو وجَدَها بيَدِ الغاصِبِ وقد حالَت أَسواقُها، فإنْ أجازَ رَبُّها البَيعَ بعدَ أنْ هلَكَ الثَّمنُ بيَدِ الغاصِبِ فإنَّ الغاصِبَ يَغرَمُه، وليس الرِّضا ببَيعِه يُوجِبُ حُكمَ الأَمانةِ في الثَّمنِ. انتهىٰ.

وقالَ اللَّخميُّ: إذا باعَ الغاصِبُ العَبدَ ثم أتىٰ صاحِبُه ولم يَتغيَّرْ سُوقُه ولا بَدنُه كانَ بالخيارِ، بينَ أنْ يُجيزَ البَيعَ أو يأخُذَه ويَرجعَ المُشتَري بالثَّمنِ.

ثم قالَ: وإنْ كانَ العَبدُ قائِمَ العَينِ وأَجازَ المَغصوبُ منه البَيعَ لزِمَ المُشتَري، إلا أنْ يَكونَ المَغصوبُ منه فاسِدَ الذِّمةِ بحَرامٍ أو بغيرِه.

واختُلفَ إذا كانَ المُشتَري قد دفَعَ الثَّمنَ إلىٰ الغاصِبِ والغاصِبُ فَقيرٌ وقد أَجازَ المُستحِقُّ البَيعَ فقيلَ: لا شَيءَ له علىٰ المُشتَري.

---

(1) «الكافي» (1/ 433)، و«التاج والإكليل» (4/ 324)، و«مواهب الجليل» (7/ 264)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 146)، و«تحبير المختصر» (4/ 404)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 182).

وقيلَ يأخُذُ منه الثَّمنَ، وهذا علىٰ القَولِ بأنَّ العَقدَ بَيعٌ، فيَكونُ قد أَجازَ البَيعَ دونَ القَبضِ، وعلىٰ القَولِ بأنَّ البَيعَ التَّقابُضُ لا يَكونُ له علىٰ المُشتَري شَيءٌ. انتهىٰ.

ونقَلَ في «النَّوادِر» القَولَينِ وضَعَّف الثاني وأنكَرَه، انظُرْه في كِتابِ الاستِحقاقِ.

تَنبيهٌ: قالَ اللَّخميُّ: وإنْ علِمَ المُشتَري أنَّ البائعَ منه غاصِبٌ وأحَبَّ المُبتاعُ رَدَّ البَيعِ قبلَ قُدومِ المَغصوبِ منه لم يَكُنْ له ذلك إذا كانَ قَريبَ الغَيبةِ، وله ذلك إذا كانَت الغَيبةُ بَعيدةً؛ لأنَّ عليه في وَقفِه في ضَمانِه حتىٰ يَقدَمَ ضَررًا. انتهىٰ. فيَكونُ بمَنزِلةِ بَيعِ الفُضوليِّ[1].

اليَدُ المُترتِّبةُ على يَدِ الغاصِبِ:

الغاصِبُ إذا غصَبَ شَيئًا ثم جاءَ آخَرُ وغصَبَه منه أو أعارَه منه أو أودَعَه عندَه أو أجَّرَه إيَّاه، هل تَكونُ يَدُه كيَدِ الغاصِبِ الأولِ يَدَ ضَمانٍ فيَكونُ للمالِكِ أنْ يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ، أو يُضمِّنَ الأولَ ثم يَرجِعَ الأولُ علىٰ الثاني أو يُضمِّنَ الثانِي فقط؟ ويَندرِجُ تحتَ هذا عِدةُ مَسائلَ:

المَسألةُ الأُولى: الغاصِبُ إذا غصَبَه غاصِبٌ آخَرُ:

نَصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ الإنسانَ إذا غصَبَ شَيئًا ثم غصَبَه منه آخَرُ فتلِفَ عندَه أنَّ المالِكَ بالخيارِ، إنْ شاءَ ضمَّنَ

(1) «مواهب الجليل» (7/ 264، 265).



الأولَ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ الثانِيَ، فإنْ ضمَّنَ الأولَ فله أنْ يَرجعَ علىٰ الثاني، وإنْ ضمَّنَ الثانِي فلا رُجوعَ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه غاصِبٌ.

قالَ الحَنفيةُ: لو غصَبَ من إنسانٍ شَيئًا فجاءَ آخَرُ وغصَبَه منه فهلَكَ في يَدِه فالمالِكُ بالخيارِ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الأولَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ الثانِيَ.

وإنْ أرادَ المالِكُ أنْ يأخُذَ بعضَ الضَّمانِ من الأولِ وبَعضَه من الثانِي فله ذلك.

أمَّا تَضمينُ الأولِ فلوُجودِ فِعلِ الغَصبِ منه، وهو تَفويتُ يَدِ المالِكِ.

وأمَّا تَضمينُه الثانِي فلأنَّه فوَّتَ يَدَ الغاصِبِ الأولِ، ويَدُه يَدُ المالِكِ من وَجهٍ؛ لأنَّه يَحفظُ مالَه ويَتمكَّنُ من رَدِّه علىٰ المالِكِ، ويَستقرُّ بهما الضَّمانُ في ذِمتِه، فكانَت مَنفعةُ يَدِه عائِدةً إلىٰ المالِكِ، فأشبَهَت يَدَ المُودَعِ، وقد وُجدَ من كلِّ واحِدٍ منهما سَببُ وُجوبِ الضَّمانِ، إلا أنَّ المَضمونَ واحِدٌ، فخيَّرْنا المالِكَ لتَعيُّنِ المُستحَقِّ، فإنِ اختارَ أنْ يُضمِّنَ الأولَ رجَعَ بالضَّمانِ علىٰ الثاني؛ لأنَّه ملَكَ المَغصوبَ من وَقتِ غَصبِه، فتَبيَّنَ أنَّ الثانِي غصَبَ مِلكَه، وإنِ اختارَ تَضمينَ الثانِي لا يَرجعُ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه ضمِنَ بفِعلِ نَفسِه، وهو تَفويتُ يَدِ المالِكِ من وَجهٍ علىٰ ما بيَّنَّا، وكذلك إنِ استَهلكَه الغاصِبُ الثاني.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومَتىٰ اختارَ تَضمينَ أَحدِهما، هل يَبرأُ الآخَرُ عن الضَّمانِ بالاختيارِ نَفسِه؟ ذكَرَ في «الجامعِ» أنَّه يَبرأُ، حتىٰ لو أَرادَ تَضمينَه بعدَ ذلك لم يَكُنْ له ذلك.

ورَوىٰ ابنُ سَماعةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في نَوادِرِه عن مُحمدٍ أنَّه لا يَبرأُ ما لم يَرضَ مَن اختارَ تَضمينَه أو يُقضَىٰ به عليه.

وَجهُ رِوايةِ «النَّوادِرِ» أنَّ عندَ وُجودِ الرِّضا أو القَضاءِ بالضَّمانِ صارَ المَغصوبُ مِلكًا للذي ضمِنَه؛ لأنَّه باعَه منه فلا يَملِكُ الرُّجوعَ بعدَ تَمليكِه، كما لو باعَه من الأولِ.

فأمَّا قبلَ وُجودِ الرِّضا أو القَضاءِ فلم يُوجَدْ منه التَّمليكُ من أَحدِهما فله أنْ يَملكَه من أيِّهما شاءَ.

وَجهُ رِوايةِ «الجامِع» ما ذَكَرنا أنَّه باختيارِه تَضمينَ الغاصِبِ الآخَرِ أظهَرَ أنَّه راضٍ بأخذِ الأولِ، وأنَّه بمَنزِلةِ المُودَعِ، وباختيارِ تَضمينِ الأولِ أظهَرَ أنَّ الثانِي ما أتلَفَ عليه شَيئًا؛ لأنَّه لم يُفوِّتْ يَدَه، واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أعلَمُ[1].

وكذلك الحُكمُ عندَ المالِكيةِ أنَّ غاصِبَ الغاصِبِ كالغاصِبِ، فإنْ تلِفَ المَغصوبُ عندَه فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ، ويَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ الثاني؛ لأنَّه المُباشِرُ للتَّلفِ[2].

وقالَ الشافِعيةُ: كلُّ يَدٍ تَرتَّبَت علىٰ يَدِ الغاصِبِ فهي يَدُ ضَمانٍ، فإذا غصَبَ الغاصِبُ شَيئًا فغصَبَه منه آخَرُ يَتخيَّرُ المالِكُ عندَ التَّلفِ بينَ مُطالبةِ

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 144، 145)، و«الدر المختار» (6/ 197)، و«غمز عيون البصائر» (2/ 207)، و«مجمع الأنهر» (4/ 89)، و«مجمع الضمانات» (1/ 291).

(2) هذا مَفهومُ كَلامِهم كما في «تحبير المختصر» (4/ 381)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 161).



الغاصِبِ الأولِ وبين مُطالبةِ الغاصِبِ الثاني، فإنْ ضمَّنَ الأولَ رجَع الأولُ علىٰ الثاني، وإنْ ضمَّنَ الثانِي لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ لأنَّه غاصِبٌ.

ولو أبرَأَ المالِكُ الغاصِبَ الأولَ لم يَبرأِ الثاني، وإن أبرَأَ الثانِي بَرِئَ الأولُ؛ لأنَّ الثانِي هو الذي يَتقرَّرُ عليه الضَّمانُ.

ولو انتزَعَ المَغصوبَ من الغاصِبِ ليَردَّه علىٰ مالِكِه فتلِفَ عندَه يَضمنُه **في الأصَحِّ**؛ بِناءً علىٰ الأصَحِّ أنَّه ليس للآحادِ الانتزاعُ، فإنَّ القاضِي نائِبُ الغائبِينَ، وليس هو بمُؤتمَنٍ شَرعًا، أمَّا القاضِي أو نائِبُه فيُستَثنَوْن من هذا، ولا ضَمانَ عليهم.

وفي مُقابِلِ الأصَحِّ أنَّه إنِ انتزَعَ المَغصوبَ من الغاصِبِ ليَردَّه علىٰ مالِكِه فتلِفَ فلا ضَمانَ عليه[1].

وكذلك نَصَّ الحَنابِلةُ علىٰ أنَّ اليَدَ المُترتِّبةَ علىٰ الغَصبِ يَدُ ضَمانٍ، فقالوا: إذا غصَبَ عَينًا ثم غصَبَها آخَرُ فتلِفَت عندَ الغاصِبِ الثاني فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ قيمَتَها وأُجرَتَها مُدَّةَ مُقامِها في يَدِ الغاصِبِ الثاني، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ الأولَ رجَعَ علىٰ الثاني، وإنْ ضمَّنَ الثانِي لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه غاصِبٌ تلِفَ المَغصوبُ في يَدِه فاستقرَّ الضَّمانُ عليه، كالغاصِبِ إذا تلِفَ تحتَ يَدِه[2].

(1) «روضة الطالبين» (3/ 641، 642)، و«الأشباه والنظائر» للسبكي ص(342)، و«المنثور» (2/ 342)، و«النجم الوهاج» (5/ 175)، و«مغني المحتاج» (3/ 293)، و«تحفة المحتاج» (7/ 27)، و«نهاية المحتاج» (5/ 177، 178).

(2) «المغني» (5/ 158، 159، 169، 170)، و«الكافي» (2/ 406، 408)، و«المبدع» =



المَسألةُ الثانيةُ: إذا باعَ الغاصِبُ المَغصوبَ:

الغاصِبُ إذا باعَ العَينَ المَغصوبةَ فلا يَخلو من أنْ يَكونَ المُشتَري عالِمًا بالغَصبِ فيَكونَ حُكمُه حُكمَ الغاصِبِ عندَ عامةِ العُلماءِ، وللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ رجَعَ علىٰ المُشتَري وإنْ ضمَّنَ المُشتَريَ لا يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ، علىٰ تَفصيلٍ عندَهم يأتي.

وإنْ لم يَعلَمِ المُشتَري بالغَصبِ فاختَلَفوا فيه:

قالَ الحَنفيةُ: ولو باعَ الغاصِبُ المَغصوبَ من الثاني فهلَكَ في يَدِه يَتخيَّرُ المالِكُ، فيُضمِّنُ أيَّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ جازَ بَيعُه والثَّمنُ له.

وإنْ ضمَّنَ المُشتَريَ بطَلَ البَيعُ ولا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ البائِعِ، ولكنَّه يَرجعُ بالثَّمنِ عليه لمَا ذَكَرنا.

وكذلك لو استَهلَكه المُشتَري[1].

قالَ البَغداديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو باعَ الغاصِبُ المَغصوبَ فالمالِكُ مُخيَّرٌ في تَضمينِ مَن شاءَ، فإنْ ضمَّنَ المُشتَريَ رجَعَ بما ضمِنَ علىٰ البائِعِ، هذه في المَأذونِ من «الهِداية»، وفي «الخُلاصة»: لو باعَ الغاصِبُ فالمالِكُ بالخيارِ يُضمِّنُ أيَّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ جازَ بَيعُه والثَّمنُ له، وإنْ ضمَّنَ المُشتَريَ رجَعَ علىٰ البائِعِ بالثَّمنِ وبطَلَ البَيعُ ولا يَرجعُ بما ضمِنَ عليه[2].

=
(5/ 178)، و«الإنصاف» (6/ 170)، و«كشاف القناع» (4/ 127).

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 144)، و«مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 182، 183).

(2) «مجمع الضمانات» (1/ 293)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (2/ 462).



وقالَ المالِكيةُ: مَن اشترَىٰ من الغاصِبِ ما غصَبَه وهو غيرُ عالِمٍ بالغَصبِ فأتلَفَه عَمدًا كما لو أكَلَ الطَّعامَ أو لبِسَ الثَّوبَ حتىٰ أَبلاه فإنَّه يَضمَنُ لمالِكِه مِثلَ المِثليِّ وقيمةَ المُقوَّمِ يومَ وَضعِ يَدِه عليه.

لكنْ إذا هلَكَ عندَه ما اشتَراه من الغاصِبِ بأمرٍ سَماويٍّ -أي: لا دَخلَ لأحدٍ فيه- فإنَّه لا ضَمانَ عليه للمالِكِ، وكذلك لا شَيءَ عليه من الغَلَّةِ وإلا فهو ضامِنٌ للغاصِبِ.

وأمَّا إنْ جَنىٰ علىٰ المَغصوبِ بالخَطأِ بعدَما اشتَراه من الغاصِبِ ولم يَعلَمْ بالغَصبِ جِنايةَ خَطأٍ وأتلَفَه أو عيَّبَه، هل يَضمَنُ في التَّلفِ قيمةَ المُقوَّمِ ومِثلَ المِثليِّ ويَصيرُ كالعَمدِ لأنَّهما في أَموالِ الناسِ سَواءٌ، فيَكونُ غَريمًا ثانيًا للمالِكِ، أو لا ضَمانَ في الجِنايةِ الخَطأِ فهي كالسَّماويِّ، أي: فلا يَكونُ غَريمًا ثانيًا للمالِكِ؟ تَأويلانِ في المَذهبِ.

أمَّا لو علِمَ المُشتَري بأنَّ بائِعَه غاصِبٌ فإنَّ حُكمَه حُكمُ الغاصِبِ، للمالِكِ أنْ يَتبَعَ أيَّهما شاءَ ويَردَّ الغَلةَ وغيرَ ذلك، فإنْ رجَعَ علىٰ الغاصِبِ لا يَرجعُ علىٰ المُشتَري، وإنْ رجَعَ علىٰ المُشتَري يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ بثَمنِه[1].

وقالَ الشافِعيةُ: الأَيدي المُترتِّبةُ علىٰ يَدِ الغاصِبِ أيدي ضَمانٍ، فإذا باعَ الغاصِبُ الشَّيءَ المَغصوبَ لعالِمٍ بالغَصبِ فتلِفَ عندَه فالمالِكُ مُخيَّرٌ

(1) «التاج والإكليل» (4/ 324، 325)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 146، 147)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (182، 183)، و«تحبير المختصر» (4/ 404)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 422، 423).

بينَ تَضمينِ الغاصِبِ أو المُشتَري؛ لثُبوتِ يَدِ كلٍّ منهم علىٰ مالِ الغيرِ من غيرِ استِحقاقٍ.

وكذا إنْ جهِلَ المُشترِي أنَّه غاصِبٌ، فللمالِكِ أنْ يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ؛ لأنَّ الجَهلَ ليس مُسقِطًا للضَّمانِ بل للإثمِ، فيُطالِبُ المالِكُ مَن شاءَ منهما[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ باعَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ فلا يَخلو المُشتَري من أنْ يَكونَ عالِمًا بالغَصبِ أو غيرَ عالِمٍ، والمَرجِعُ في ذلك إليه؛ لأنَّ ذلك ممَّا يَخفَىٰ، فإنْ كانَ عالِمًا فحُكمُه حُكمُ الغاصِبِ، وللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ رجَعَ علىٰ الآخَرِ ولا يَرجعُ الآخَرُ عليه؛ لأنَّه المُتلِفُ، ويَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ المُشتَري؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما غاصِبٌ؛ لأنَّ الغَصبَ الاستيلاءُ علىٰ مالِ الغيرِ قَهرًا بغيرِ حَقٍّ وقد وُجدَ منهما، ولأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَلزمُ رَدُّها إذا كانَت في يَدِه؛ لأنَّ يَدَه عليها بغيرِ حَقٍّ، وقد قالَ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**علىٰ اليَدِ ما أخَذَت حتىٰ تُؤدِّيَ**» ويَلزمُ المُشتَريَ كلُّ ما يَلزمُ الغاصِبَ من النَّقصِ وغيرِه لأنَّه غاصِبٌ.

وإنْ لم يَعلَمِ المُشتَري بالغَصبِ فللمالِكِ أيضًا مُطالبةُ أيِّهما شاءَ برَدِّها؛ لأنَّ الغاصِبَ أخَذَها بغيرِ حَقٍّ ولأنَّ المُشتَريَ أخَذَ مالَ غيرِه بغيرِ حَقٍّ.

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 641، 642)، و«الأشباه والنظائر» للسبكي ص(342)، و«المنثور» (2/ 342)، و«النجم الوهاج» (5/ 175)، و«مغني المحتاج» (3/ 293)، و«تحفة المحتاج» (7/ 27)، و«نهاية المحتاج» (5/ 177، 178).





إلا أنَّ المالِكَ إذا ضمَّنَ المُشترِيَ يَرجعُ المُشترِي علىٰ الغاصِبِ[1].

وسُئلَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن رَجلٍ غصَبَ عَينًا فباعَها من رَجلٍ عالِمٍ بالغَصبِ، فجاءَ صاحِبُ العَينِ فأخَذَها من يَدِ المُشترِي، فهل للمُشترِي أنْ يَرجعَ علىٰ الغاصِبِ الذي اشترَاها منه مع عِلمِه بالغَصبِ بالثَّمنِ الذي بذَلَه له أو المُشترِي لا يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ بشَيءٍ والذي نقَدَه للغاصِبِ يَذهبُ مَجانًا؟ فكيفَ الحُكمُ في ذلك؟

فأَجابَ: الحَمدُ للهِ رَبِّ العالَمينَ، بل للمُشترِي أنْ يَرجعَ علىٰ الغاصِبِ بالثَّمنِ الذي قبَضَه منه، سَواءٌ كانَ عالِمًا بالغَصبِ أو لم يَكُنْ عالِمًا، فإنَّ الثَّمنَ قبَضَه بغيرِ حَقٍّ، ولو كانَ برِضاه فإنَّهما لو تَبايَعا ما لا يَحلُّ بَيعُه من خَمرٍ أو خِنزيرٍ برِضاهما لوجَبَ أنْ يَردَّ المَبيعَ فيُتلِفَ الخَمرَ والخِنزيرَ ويَردَّ علىٰ المُشترِي الثَّمنَ، فكيف إذا باعَه مالَ الغيرِ؟ وبأيِّ وَجهٍ بَقيَ الثَّمنُ في يَدِ الغاصِبِ؟ فلا حَقَّ له فيه، وإنَّما هو مِلكُ المُشترِي واللهُ سُبحَانَهُ وَتَعَالَى أعلَمُ[2].

المَسألةُ الثالِثةُ: إذا أجَّرَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ:

قالَ الكاسانِيُّ: ولو آجَرَ الغاصِبُ المَغصوبَ أو رهَنَه من إنسانٍ فهلَكَ في يَدِه يَتخيَّرُ المالِكُ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ لا يَرجعُ علىٰ المُستأجِرِ والمُرتَهِنِ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه آجَرَ ورهَنَ مِلكَ نَفسِه، إلا أنَّه في الرَّهنِ يَسقطُ دَينُ

(1) «الشرح الكبير» (5/ 418، 419)، و«شرح الزركشي» (2/ 161، 162).
(2) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 318، 319).

المُرتَهَنِ علىٰ ما هو حُكمُ هَلاكِ الرَّهنِ، وإنْ ضـمَّنَ المُستأجِرَ أو المُرتهَنَ يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ بما ضمِنَ، والمُرتهَنُ يَرجعُ بدَينِه أيضًا.

أمَّا رُجوعُ المُرتهَنِ بالضَّمانِ فلا شَكَّ فيه؛ لصَيرورتِه مَغرورًا، وأمَّا رُجوعُ المُستأجِرِ فلأنَّه -وإنِ استَفادَ مِلكَ المَنفعةِ- بعِوضٍ، وهو الأُجرةُ، فيَتحقَّقُ الغَررُ فأشبَهَ المُودَعَ.

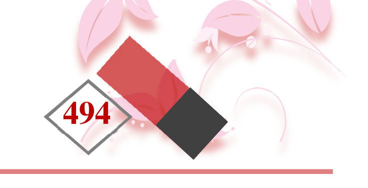
ولو استَهلَكَه المُستأجِرُ أو المُرتهَنُ يَتخيَّرُ المالِكُ، إلا أنَّه إنْ ضمَّنَ الغاصِبَ يَرجعُ علىٰ المُستأجِرِ والمُرتهَنِ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه آجَرَ مِلكَ نَفسِه ورهَنَ مِلكَ نَفسِه فاستَهلَكَه المُستأجِرُ والمُرتهَنُ، وإنْ ضمَّنَ المُستأجِرَ أو المُرتهَنَ لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه ضمِنَ بفِعلِ نَفسِه[1].

وجاءَ في «دُرر الحُكام»: إذا أجَّرَ الغاصِبُ المالَ المَغصوبَ من آخَرَ وكانَ المَأجورُ في يَدِ المُستأجِرِ عَينًا كانَ المَغصوبُ منه مُخيَّرًا، إنْ شاءَ أجازَ إنْ كانَت شَرائِطُ الإجارةِ مَوجودةً وأخَذَ بَدلَ الإيجارِ، وإنْ شاءَ فسَخَ الإجارةَ واستَرَدَّ المَأجورَ من المُستأجِرِ.



وإذا تلِفَ المَأجورُ كانَ المَغصوبُ منه مُخيَّرًا، إنْ شاءَ ضمَّنَ الغاصِبَ قيمَتَه يَومَ غَصبِه، وعلىٰ هذا التَّقديرِ ليس للغاصِبِ الرُّجوعُ علىٰ المُستأجِرِ، إلا إذا كانَ تلِفَ المَأجورُ بتَعدِّي المُستأجِرِ أو تَقصيرِه، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُستأجِرَ قيمَتَه يَومَ قَبضِه، وعلىٰ هذا التَّقديرِ يُنظَرُ، فإذا لم يَكُنِ المُستأجِرُ

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 145)، و«درر الحكام» (2/ 462).



عالِمًا بأنَّ المُؤجِّرَ غاصِبٌ كانَ له الرُّجوعُ بالشَّيءِ الذي ضمِنَه علىٰ مُؤجِّرِه، وإذا كانَ عالِمًا بأنَّ المُؤجِّرَ غاصِبٌ فليسَ له الرُّجوعُ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: لو أجَّرَ العَينَ المَغصوبةَ غرِمَ المُستأجِرُ أُجرةَ المِثلِ للمالِكِ ولم يَرجِعْ بها علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه شرَعَ فيه علىٰ أنْ يَضمنَها ويَستَردَّ الأُجرةَ المُسمَّاةَ[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: إذا أجَّرَ الغاصِبُ المَغصوبَ فالإجارةُ باطِلةٌ علىٰ إحدىٰ الرِّواياتِ كالبَيعِ، ولمالِكِه تَضمينُ أيِّهما شاءَ أَجرَ مِثلِها، فإنْ ضمَّنَ المُستأجِرَ لم يَرجعْ بذلك؛ لأنَّه دخَلَ في العَقدِ علىٰ أنَّه يَضمنُ المَنفعةَ، إلا أنْ يَزيدَ أَجرُ المِثلِ علىٰ المُسمَّىٰ في العَقدِ فيَرجعَ بالزِّيادةِ ويَسقطَ عنه المُسمَّىٰ في العَقدِ، وإنْ كانَ دفعَه إلىٰ الغاصِبِ رجَعَ به، وإنْ تلِفَت العَينُ في يَدِ المُستأجِرِ فلمالِكِها تَغريمُ مَن شاءَ منهما قيمَتَها، فإنْ غرِمَ المُستأجِرُ فله الرُّجوعُ بذلك علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه دخَلَ معه علىٰ أنَّه لا يَضمنُ العَينَ، ولم يَحصُلْ له بَدلٌ في مُقابلةِ ما غرِمَ، هذا إذا لم يَعلَمْ بالغَصبِ، وإنْ علِمَ لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ بَصيرةٍ وحصَلَ التَّلفُ في يَدِه فاستقرَّ الضَّمانُ عليه، فإنْ غرِمَ الغاصِبُ الأجرَ والقيمةَ رجَعَ بالأجرِ علىٰ المُستأجِرِ علىٰ كلِّ حالٍ، ويَرجعُ بالقيمةِ إنْ كانَ المُستأجِرُ عالِمًا بالغَصبِ، وإلا فلا.

---

(1) «درر الحكام» (2/ 527).

(2) «الشرح الكبير» للرافعي (5/ 479)، و«روضة الطالبين» (3/ 642، 691).

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا قولُ الشافِعيِّ ومُحمدِ بنِ الحَسنِ في الفَصلِ كلِّه، وحُكيَ عن أَبي حَنيفةَ أنَّ الأجرَ للغاصِبِ دونَ صاحِبِ الدارِ، وهذا فاسِدٌ لأنَّ الأجرَ عِوضُ المَنافعِ المَملوكةِ لرَبِّ الدارِ، فلم يَملِكْها الغاصِبُ كعِوضِ الأَجزاءِ[1].

المَسألةُ الرابِعةُ: إذا أودَعَ الغاصِبُ المَغصوبَ عندَ آخَرَ فتلِفَ:

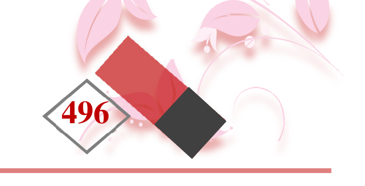
الغاصِبُ إذا أودَعَ المَغصوبَ عندَ آخَرَ فإنْ كانَ يَعلَمُ بالغَصبِ فتلِفَت عندَه فالضَّمانُ عليه عندَ أكثَرِ الفُقهاءِ؛ لأنَّه قبَضَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه، وإنْ لم يَعلَمْ فلا ضَمانَ عليه عندَ المالِكيةِ والشافِعيةِ والحَنابِلةِ، وعندَ الحَنفيةِ المالِكُ مُخيَّرٌ في أنْ يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ المُودَعَ رجَعَ علىٰ الغاصِبِ لأنَّه غرَّه.

قالَ الحَنفيةُ: ولو أودَعَ الغاصِبُ المَغصوبَ فهلَكَ في يَدِ المُودَعِ يَتخيَّرُ المالِكُ في تَضمينِ أيِّهما شاءَ، أمَّا الغاصِبُ فظاهِرٌ، وأمَّا المُودَعُ فلقَبضِه منه بلا رِضا مالِكِه.

فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ لا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه أودَعَ مِلكَ نَفسِه وإنْ ضمَّنَ المُودَعَ يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه غرَّه بالإيداعِ فيَرجعُ عليه بضَمانِ الغَررِ، وهو ضَمانُ الالتِزامِ في الحَقيقةِ.

ولو استَهلكَه المُودَعُ فالجَوابُ علىٰ القَلبِ من الأولِ أنَّه إنْ ضمَّنَ الغاصِبَ فالغاصِبُ يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ المُودَعِ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه استَهلكَ

(1) «المغني» (5/ 158)، و«الكافي» (2/ 408).



مالَه، وإنْ ضمَّنَ المُودَعَ لم يَرجِعْ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّه ضمِنَ بفِعلِ نَفسِه فلا يَرجعُ علىٰ أحدٍ[1].

وقالَ في «دُرر الحُكام»: مَثلًا لو أودَعَ الغاصِبُ المالَ المَغصوبَ عندَ شَخصٍ فهلَكَ ولو بلا تَعدٍّ ولا تَقصيرٍ فللمَغصوبِ منه الخيارُ، إنْ شاءَ ضمَّنَه للغاصِبِ وليسَ لهذا أنْ يَرجعَ علىٰ المُستودَعِ؛ لأنَّ الغاصِبَ بِصفتِه مالِكًا بالضَّمانِ وَقتَ الغَصبِ بطَريقِ الاستِنادِ يَكونُ كأنَّه أودَعَ مالَه، وتَكونُ أَمانةً بيَدِ المُستودَعِ ما لم تَهلِكْ بشَيءٍ أوقَعَه المُستودَعُ فيها كالتَّعدِّي والتَّقصيرِ، وفي تلك الحالةِ يَرجعُ الغاصِبُ أيضًا علىٰ المُستودَعِ، وإنْ شاءَ ضمَّنَه للمُستودَعِ، وفي هذا التَّقديرِ يَرجعُ المُستودَعُ علىٰ المُودِعِ إذا لم يَعلَمْ أنَّ المُودِعَ غاصِبٌ، وعلىٰ تَقديرِ عِلمِه بأنَّه غاصِبٌ قالَ بعضُ الفُقهاءِ بجَوازِ رُجوعِه، وقالَ بعضٌ آخَرُ بعَدمِ جَوازِه، ويُبنَىٰ حَقُّ تَضمينِه الغاصِبَ علىٰ المادةِ (891)، وتَضمينُه المُستودَعَ يَنجُمُ من أجلِ أخذِه المالَ المَذكورَ بدونِ رِضا مالِكِه، أي: المَغصوبِ منه[2].

وقالَ المالِكيةُ: إذا أُودِعَ المَغصوبُ فلا ضَمانَ علىٰ المُودَعِ إلا أنْ يَتعدَّىٰ؛ لأنَّ يَدَ المُودَعِ كصُندوقِه[3].

---

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 144، 145)، و«ملتقىٰ الأبحر» (475)، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 180)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (5/ 157)، و«درر الحكام» (2/ 462).

(2) «درر الحكام» (2/ 235).

(3) «الذخيرة» (8/ 273).

وقالَ الشافِعيةُ: كلُّ يَدٍ تَرتَّبت علىٰ يَدِ الغاصِبِ فهي يَدُ ضَمانٍ، فإذا أودَعَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ عندَ من يَعلمُ بالغَصبِ فهو كغاصِبِ الغاصِبِ، فيَتخيَّرُ المالِكُ عندَ التَّلفِ بينَ مُطالبةِ الغاصِبِ أو المُودَعِ، فإنْ تلِفَ المَغصوبُ في يَدِه فقَرارُ الضَّمانِ عليه، فإذا غرِمَ لا يَرجعُ علىٰ الأولِ وإذا غرِمَ الأولُ رجَعَ عليه.

أمَّا إذا جهِلَ المُودَعُ أنَّه غاصِبٌ استقَرَّ الضَّمانُ علىٰ الغاصِبِ علىٰ المَذهبِ؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ أنَّ يَدَه نائِبةٌ عن يَدِ الغاصِبِ، فإنْ غرَّمَ المالِكُ الغاصِبَ لم يَرجِعْ علىٰ المُودَعِ بلا خِلافٍ، وإنْ ضمَّنَ المالِكُ المُودَعَ رجَعَ المُودَعُ علىٰ الغاصِبِ علىٰ الصَّحيحِ من المَذهبِ.

وفي وَجهٍ يَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ المُودَعِ، وفي وَجهٍ لا يُطالَبُ المُودَعُ أَصلًا[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ أودَعَ المَغصوبَ أو وكَّلَ رَجلًا في بَيعِه ودفَعَه إليه فتلِفَ في يَدِه فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ، أمَّا الغاصِبُ فلأنَّه حالَ بينَ المالِكِ وبينَ مِلكِه وأثبَتَ اليَدَ العاديةَ عليه، والمُستودَعُ والوَكيلُ لإثباتِهما أيديَهما علىٰ مِلكِ مَعصومٍ بغيرِ حَقٍّ، فإنْ غرَّمَ الغاصِبَ وكانا غيرَ عالِمَين

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 125)، و«روضة الطالبين» (3/ 641، 642)، و«الأشباه والنظائر» للسبكي ص(342)، و«المنثور» (2/ 342)، و«النجم الوهاج» (5/ 175)، و«مغني المحتاج» (3/ 293)، و«تحفة المحتاج» (7/ 27)، و«نهاية المحتاج» (5/ 177، 178).

بالغَصبِ استقرَّ الضَّمانُ عليه ولم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ، وإنْ غرَّمَهما رجَعا علىٰ الغاصِبِ بما غرِما من القيمةِ والأجرِ؛ لأنَّهما دخَلا علىٰ ألَّا يَضمَنا شَيئًا من ذلك، ولم يَحصُلْ لهما بَدلٌ عما ضَمِنا، وإنْ علِما أنَّها مَغصوبةٌ استقرَّ الضَّمانُ؛ لأنَّ التَّلفَ حصَلَ تحتَ أيديهما من غيرِ تَغريرٍ بهما، فاستقرَّ الضَّمانُ عليهما، فإنْ غرِما شَيئًا لم يَرجِعا به، وإنْ غرِمَ الغاصِبُ رجَعَ عليهما؛ لأنَّ التَّلفَ حصَلَ في أَيديهما، وإنْ جرَحَها الغاصِبُ ثم أودَعَها أو رَدَّها إلىٰ مالِكِها فتلِفَت بالجُرحِ استقرَّ الضَّمانُ علىٰ الغاصِبِ بكلِّ حالٍ؛ لأنَّه هو المُتلِفُ فكانَ الضَّمانُ عليه، كما لو باشَرَها بالإتلافِ في يَدِه[1].

المسألةُ الخامِسةُ: إذا أعارَ الغاصِبُ المَغصوبَ عندَ آخَرَ فتلِفَ:

نَصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ الغاصِبَ إذا أعارَ المَغصوبَ فتلِفَ عندَ الآخَرِ فإنَّ المالِكَ مُخيَّرٌ بينَ تَضمينِ الاثنَينِ، الغاصِبِ والمُستَعيرِ، ويَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ المُستَعيرِ عندَ الشافِعيةِ والحَنابِلةِ، وعندَ الحَنفيةِ إذا ضمَّنَ أَحدَهما لا يَرجعُ علىٰ الآخَرِ.

قالَ الحَنفيةُ: لو أَعارَه الغاصِبُ فهلَكَ في يَدِ المُستعيرِ يَتخيَّرُ المالِكُ، وأيَّهما ضمَّنَ لا يَرجعُ بالضَّمانِ علىٰ صاحِبِه.

أمَّا الغاصِبُ فلا شَكَّ فيه؛ لأنَّه أعارَ مِلكَ نَفسِه فهلَكَ في يَدِ المُستَعيرِ، وأمَّا المُستَعيرُ فلأنَّه استَفادَ مِلكَ المَنفَعةِ فلم يَتحقَّقِ الغَررُ[2].

---

(1) «المغني» (5/ 158)، و«الكافي» (2/ 406،407)، و«كشاف القناع» (4/ 127).

(2) «بدائع الصنائع» (7/ 145)، و«درر الحكام» (2/ 462).

وفي «دُرر الحُكامِ»: لو أعارَ الغاصِبُ المالَ المَغصوبَ لآخَرَ وسلَّمَه إياه وكانَ المَغصوبُ مَوجودًا في يَدِ المُستعيرِ فالمَغصوبُ منه مُخيَّرٌ، إنْ شاءَ أجازَ الإعارةَ، وفي هذه الحالِ يَخرجُ الغاصِبُ من الوَسطِ، وإنْ شاءَ لم يُجِزْ واستَردَّه من المُستعيرِ، وله تَضمينُ بَدلِ المالِ المَغصوبِ يَومَ غَصبِه؛ بِناءً على المادةِ (1635) بعَدِّهِ مُستهلِكًا بإعارتِه وتَسليمِه، وإذا ضمَّنَ المُستعيرَ فليسَ له الرُّجوعُ على الغاصِبِ؛ لأنَّ قَبضَ ذلك الشَّخصِ هو لنَفسِه (رَد المُحتار). كذلك إذا ضمَّنَ الغاصِبَ فليسَ للغاصِبِ الرُّجوعُ على المُستعيرِ، انظُرْ شَرحَ المادةِ (658)، غيرَ أنَّه إذا تلِفَ بالتَّعدِّي كما لو أتلَفَه المُستعيرُ ففي هذه الصُّورةِ يَكونُ قَرارُ الضَّمانِ على المُستعيرِ، يَعني إذا ضمَّنَ صاحِبُ المالِ الغاصِبَ فله الرُّجوعُ على المُستعيرِ أيضًا[1].

وأمَّا المالِكيةُ فقالَ القَرافِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **قالَ** سحنُونٌ: إذا كانَ المُعيرُ غاصِبًا لا يُضمِّنُه المالِكُ النَّقصَ، بل له أنْ يُضمِّنَه الجَميعَ ولا شَيءَ له على المُستعيرِ، وإنْ كانَ الغاصِبُ عَديمًا بِيعَ الثَّوبُ في القيمةِ واتَّبعَ المُستعيرَ بالأقَلِّ من تَمامِ القيمةِ وما نقَصَ من لُبسِ الثَّوبِ، إلا أنْ يَكونَ قد كانَ للغاصِبِ مالٌ وَقتَ لِباسِ المُستعيرِ ثم زالَ المالُ فلا يَضمَنُ المُستعيرُ شَيئًا؛ لاتِّباعِه الغاصِبَ بالقيمةِ، وإنْ شاءَ المُستحِقُّ أخْذَ الثَّوبِ أو ما نقَصَه اللُّبسُ من المُستعيرِ، فذلك له في عَدمِ الغاصِبِ[2].

(1) «درر الحكام» (2/ 528).
(2) «الذخيرة» (8/ 272، 273).

وقالَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ: إذا أعارَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ فتلِفَت عندَ المُستعيرِ فالمالِكُ مُخيَّرٌ بينَ تَضمينِ الغاصِبِ وتَضمينِ المُستعيرِ، ويَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ المُستعيرِ؛ لأنَّ يَدَه يَدُ ضَمانٍ عندَهم.

قالَ الشافِعيةُ: الأَيدي المُترتبةُ علىٰ يَدِ الغاصِبِ يَدُ ضَمانٍ، فإذا أعارَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ فتلِفَت عندَ المُستعيرِ فالمالِكُ مُخيَّرٌ بينَ تَضمينِ أيِّهما شاءَ، سَواءٌ علِمَ المُستعيرُ بالغَصبِ أو لم يَعلَمْ؛ لأنَّ يَدَه يَدُ ضَمانٍ، فإذا علِمَ أثِمَ وترتَّبَ عليه الضَّمانُ، وإذا لم يَعلَمْ ترَتَّبَ عليه الضَّمانُ ولا إثمَ عليه؛ لأنَّ الجَهلَ ليسَ مُسقِطًا للضَّمانِ بل للإثمِ، فيُطالِبُ المالِكُ مَن شاءَ منهما؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ الضَّمانِ فلم يَغرَّه الغاصِبُ؛ لأنَّ العاريةَ مَضمونةٌ، فإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ رجَعَ علىٰ المُستعيرِ لأنَّه ضامِنٌ، وإنْ ضمَّنَ المُستعيرَ لا يَرجعُ علىٰ الغاصِبِ لأنَّه دخَلَ علىٰ الضَّمانِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ أعارَ العَينَ المَغصوبةَ فتلِفَت عندَ المُستعيرِ فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ أجرَها وقيمَتَها، فإنْ غرَّمَ المُستعيرَ مع عِلمِه بالغَصبِ لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ، وإنْ غرَّمَ الغاصِبَ رجَعَ علىٰ المُستعيرِ، وإنْ لم يَكُنْ علِمَ بالغَصبِ فغرَّمَه لم يَرجِعْ بقيمةِ العَينِ؛ لأنَّه قبَضَها علىٰ أنْ تَكونَ مَضمونةً عليه، وهل يَرجعُ بما غرِمَ من الأجرِ؟ فيه وَجهانِ:

---

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 125)، و«روضة الطالبين» (3/ 641، 642)، و«الأشباه والنظائر» للسبكي ص(342)، و«المنثور» (2/ 342)، و«النجم الوهاج» (5/ 175)، و«مغني المحتاج» (3/ 293)، و«تحفة المحتاج» (7/ 27)، و«نهاية المحتاج» (5/ 177، 178).



أَحدُهما: يَرجعُ؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ أنَّ المَنافعَ له غيرُ مَضمونةٍ عليه.

والثانِي: لا يَرجعُ؛ لأنَّه انتفَعَ بها فقد استَوفَىٰ بَدلَ ما غرِمَ، وكذلك الحُكمُ فيما تلِفَ من الأَجزاءِ بالاستِعمالِ، وإذا كانَت العَينُ وَقتَ القَبضِ أكثَرَ قيمةً من يَومِ التَّلفِ فضمِنَ الأكثَرَ يَنبَغي أنْ يَرجعَ بما بينَ القيمَتَينِ؛ لأنَّه دخَلَ علىٰ أنَّه لا يَضمنُه، ولم يَستَوفِ بَدلَه، فإنْ رَدَّها المُستعيرُ علىٰ الغاصِبِ فللمالِكِ أنْ يُضمِّنَه أيضًا؛ لأنَّه فوَّتَ المِلكَ علىٰ مالِكِه بتَسليمِه إلىٰ غيرِ مُستحِقِّه، ويَستقرُّ الضَّمانُ علىٰ الغاصِبِ إنْ حصَلَ التَّلفُ في يَدَيه، وكذلك الحُكمُ في المُودَعِ وغيرِه[1].

المَسألةُ السادِسةُ: إذا وهَبَ العَينَ المَغصوبةَ:

لو وهَبَ الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ فتلِفَت عندَ المَوهوبِ له فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ **باتِّفاقِ المَذاهبِ الأربَعةِ، إلا أنَّهم اختَلَفوا فيمَن يَستقرُّ عليه الضَّمانُ، وهل هناك فَرقٌ بينَ إذا كانَ عالِمًا بالغَصبِ أو جاهِلًا أو لا؟**

قالَ الحَنفيةُ: لو وهَبَ الغاصِبُ المَغصوبَ لآخَرَ وسلَّمَه إياه فإذا كانَ مَوجودًا في يَدِ ذلك الشَّخصِ عَينًا كانَ المَغصوبُ منه مُخيَّرًا، إنْ شاءَ أجازَ الهِبةَ والتَّسليمَ وإنْ شاءَ فسَخَ الهِبةَ واستَردَّه من المَوهوبِ له، وإنْ شاءَ ضمَّنَ بدَلَه للغاصِبِ، باعتِبارِ أنَّ تَسليمَه لآخَرَ استِهلاكٌ.

---

(1) «المغني» (5/ 159، 169)، و«الكافي» (2/ 406، 408)، و«كشاف القناع» (4/ 127).





وإذا تلِفَ في يَدِ المَوهوبِ له كانَ المَغصوبُ منه مُخيَّرًا، إنْ شاءَ ضمَّنَ الغاصِبَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ المَوهوبَ له، فإنْ ضمَّنَ المَوهوبَ له فليس له الرُّجوعُ ببَدلِ الضَّمانِ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّ قَبضَ ذلك الشَّخصِ المالَ المَذكورَ قد كانَ لنَفسِه.

والحُكمُ في الصَّدقةِ علىٰ هذا المِنوالِ أيضًا.

قالَ الطَّحاويُّ: قالَ أَصحابُنا: إذا غصَبَ ثَوبًا فوهَبَه لغيرِه فخرَقَه ثم جاءَ المَغصوبُ، فإنْ شاءَ ضمَّنَ الغاصِبَ وإنْ شاءَ ضمَّنَ المَوهوبَ له، فأيَّهما ضمَّنَ لم يَرجِعْ علىٰ الآخَرِ[1].

قالَ المالِكيةُ: وارِثُ الغاصِبِ ومَن وهَبَه الغاصِبُ شَيئًا إنْ علِما بالغَصبِ فحُكمُهما حُكمُ الغاصِبِ في غَرامةِ قيمةِ المُقوَّمِ ومِثلِ المِثليِّ، وللمُستحِقِّ الرُّجوعُ بالغَلةِ علىٰ أيِّهما شاءَ، ويَرجِعُ علىٰ الوارِثِ والمَوهوبِ له بالغَلَّةِ؛ لأنَّهما لمَّا علِما خُوطِبا بالرَّدِّ، فلمَّا لم يَفعَلا ترَتَّبَ عليهما بسَببِ ذلك حُكمُ التَّعدِّي.

وإنْ لم يَعلَمِ المَوهوبُ له بالغَصبِ بُدئَ بالغاصِبِ في الغَرامةِ إنْ كانَ حَيًّا مُوسِرًا، ومِن تَركتِه إنْ كانَ مَيتًا مُوسِرًا، فيُغرَّمُ قيمةَ المُقوَّمِ إنْ فاتَتِ السِّلعةُ ويُغرَّمُ مِثلَ المِثليِّ.

---

(1) «مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 180)، و«مجمع الضمانات» (1/ 293)، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 197، 198)، و«الهندية» (5/ 147)، و«درر الحكام» (2/ 527).

ويَرجعُ المالِكُ علىٰ الغاصِبِ المَليءِ بالغَلَّةِ التي استغَلَّها المَوهوبُ من الشَّيءِ المَغصوبِ، ولا يَرجعُ الغاصِبُ بشَيءٍ من ذلك علىٰ المَوهوبِ لـه، وإذا رجَعَ عليه بغَلَّةِ مَوهوبِه فأَوْلىٰ ما استغَلَّه هو، والرُّجوعُ علىٰ الغاصِبِ بغَلةِ مَوهوبِه مَحلُّه إذا كانَت السِّلعةُ قائِمةً أو فاتَت ولم يَختَرْ تَضمينَه القيمةَ؛ إذْ لا يَجمعُ بينَ القيمةِ والغلَّةِ.

فإنْ كانَ الغاصِبُ مُعسِرًا ولم يَقدِرْ عليه فإنَّ المُستحِقَّ يَرجعُ بالغَلَّةِ علىٰ المَوهوبِ؛ لأنَّه المُستهلِكُ لذلك، ولا يَرجعُ المَوهوبُ له علىٰ الغاصِبِ بشَيءٍ من ذلك؛ لأنَّه يَقولُ: «وهَبتُك شَيئًا»، فاستُحِقَّ، فإنْ كانا عَديمَينِ اتَّبَع أوَّلَهما يَسارًا، ومَن غُرِّمَ منهما لا يَرجعُ علىٰ صاحِبِه.

ويَرجعُ علىٰ المَوهوبِ بما استغَلَّه فقط إنْ كانَت السِّلعةُ قائِمةً أو فاتَت واختارَ أخْذَ الغَلَّةِ، وإنِ اختارَ تَضمينَه أخَذَ القيمةَ فقط، ولا شَيءَ له من الغَلَّةِ؛ لأنَّه لا يَجمعُ له بينَهما[1].

وقالَ القَرافيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا وهَبَ الغاصِبُ لكَ طَعامًا أو إدامًا فأكَلتَه أو ثَوبًا فلبِستَه حتىٰ أبلَيتَه رجَعَ مُستحِقُّه علىٰ الغاصِبِ المَليءِ؛ لأنَّه المُتعدِّي المُسلَّطُ، وإنْ كانَ مُعدِمًا أو مَعجوزًا عنه فعليكَ؛ لأنَّك المُنتفِعُ بمالِه، ولا تَرجعُ أنتَ علىٰ الواهِبِ بشَيءٍ لعَدمِ انتِفاعِه وانتِفاعِك، وكذلك لو أعارَك الغاصِبُ فنقَصَت بلُبسِك لا تَرجعُ علىٰ المُعيرِ...

(1) «التاج والإكليل» (4/ 325، 327)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 147، 148)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (183، 184)، و«تحبير المختصر» (4/ 405)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 426، 428).



قالَ ابنُ يُونسَ: قالَ أشهَبُ: إذا وهَبَك الغاصِبُ فأبلَيتَ أو أكَلتَ اتَّبعَ أيَّكما شاءَ؛ لوُجودِ سَببِ الضَّمانِ في حَقِّكما، قالَ ابنُ القاسِمِ: إنْ كانَ الواهِبُ غيرَ غاصِبٍ لم يَتبَعْ غيرَ المَوهوبِ المُنتفِعِ، وهو خِلافُ ما له في كِتابِ الاستِحقاقِ في مُكري الأرضِ يُحابي في كِرائِها ثم يَطرأُ أَخوه، وسَواءٌ بينَ المُتعدِّي وغيرِه، وهو أصلُه في «المُدوَّنة» أنْ يَبدأَ بالرُّجوعِ علىٰ الواهِبِ، فإنْ أُعدِمَ فعلىٰ المَوهوبِ، إلا أنْ يَكونَ الواهِبُ عالِمًا بالغَصبِ فكالغاصِبِ في جَميعِ الأُمورِ، ويَرجعُ علىٰ أيِّهما شاءَ، وقَولُ أشهَبَ أقيَسُ، ولا يَكونُ المَوهوبُ أحسَنَ حالًا من المُشتَري، ووَجهُ التَّبدِئةِ بالغاصِبِ: أنَّ الظالِمَ أحَقُّ أنْ يُحمَلَ عليه، والفَرقُ بينَ المَوهوبِ والمُشتَري أنَّ المُشترَي إذا غُرِّمَ رجَعَ بالثَّمنِ، والمَوهوبُ لا يَرجعُ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: لو وهَبَ الغاصِبُ المَغصوبَ من شَخصٍ فقَرارُ الضَّمانِ علىٰ المَوهوبِ له علىٰ الأظهَرِ؛ لأنَّه -وإنْ كانَت يَدُه ليسَت يَدَ ضَمانٍ- أخَذَه للتَّملُّكِ.

ومُقابِلُ الأظهَرِ القَرارُ علىٰ الغاصِبِ؛ لأنَّ يَدَ الاتِّهابِ ليسَت يَدَ ضَمانٍ[2].

(1) «الذخيرة» (8/ 273).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 641)، و«الحاوي الكبير» (7/ 205)، و«النجم الوهاج» (5/ 176)، و«مغني المحتاج» (3/ 294).

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ وهَبَ المَغصوبُ لعالِمٍ بالغَصبِ استقَرَّ الضَّمانُ علىٰ المُتَّهبِ، فمهما غرِمَ من قيمةِ العَينِ أو أجزائِها لم يَرجِعْ به علىٰ أحدٍ؛ لأنَّ التَّلفَ حصَلَ في يَدَيه ولم يَغرَّه أحدٌ، وكذلك أجرُ مُدةِ مُقامِه في يَدَيه وأرشُ نَقصِه إنْ حصَلَ.

وإنْ لم يَعلَمْ فلصاحِبِها تَضمينُ أيِّهما شاءَ، فإنْ ضمَّنَ المُتَّهبَ رجَعَ علىٰ الغاصِبِ بقيمةِ العَينِ والأجزاءِ؛ لأنَّه غَرَّه؛ لأنَّ المُتَّهَبَ دخَلَ علىٰ أنْ تَسلَمَ له العَينُ فيَجبُ أنْ يَرجعَ بما غرِمَ من قيمَتِها.

وإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ ففي رُجوعِه علىٰ المُتهَبِ وَجهانِ[1].

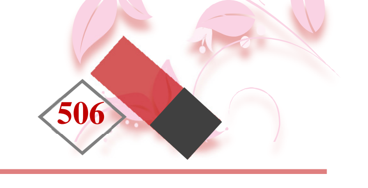
وقالَ الإمامُ ابنُ هُبيرة رَحِمَهُ اللَّهُ: واختَلَفوا فيما إذا وهَبَ الغاصِبُ ما غصَبَ فتلِفَ في يَدِ المَوهوبِ له، فقالَ **مالِكٌ والشافِعيُّ وأحمدُ**: يُضمِّنُ أيَّهما شاءَ، إلا أنَّه إنْ ضمَّنَ المَوهوبَ له رجَعَ علىٰ الغاصِبِ.

وقالَ أبو حَنيفةَ: أيَّهما ضمَّنَ لم يَرجِعْ علىٰ الآخَرِ[2].

المَسألةُ السابِعةُ: إذا قدَّمَ الغاصِبُ الطَّعامَ المَغصوبَ للمَغصوبِ منه ليَأكُلَه أو وهَبَه له:

قالَ الحَنفيةُ: لو غصَبَ طَعامًا فأكَلَه المالِكُ وهو يَعرِفُه أو لا يَعرِفُه أو أطعَمَه إياه الغاصِبُ وهو لا يَعرِفُه أو كانَ ثَوبًا فألبَسَه إياه وهو لا يَعرِفُه فقد

(1) «المغني» (5/ 159)، و«الكافي» (2/ 407، 408).
(2) «الإفصاح» (2/ 18).



بَرِئَ منه الغاصِبُ؛ لأنَّه قد سلَّمَ له بالأكلِ واللُّبسِ، فلو ضمِنَ الغاصِبُ لسلِمَ له العِوضُ والمُعوَّضُ، وهذا لا يَصحُّ، قالَ الحَداديُّ: ويَنبَغي علىٰ قَولِ أَبي يُوسفَ ومُحمدٍ أنَّه إذا غصَبَ حِنطةً فطحَنَها وأطعَمَها المَغصوبَ منه ألَّا يَبرأَ؛ لأنَّه قد ملَكَها بالطَّحنِ، فبانَ أنَّه أطعَمَ مِلكَ نَفسِه فيَكونُ مُتبرِّعًا بذلك.

وفي البَزدَويِّ الكَبيرِ: مَن غصَبَ طَعامًا فأطعَمَه المالِكَ من غيرِ أنْ يَعلَمَه بَرِئَ منه عندَنا؛ لأنَّه أداءٌ حَقيقةً، فإنَّ عَينَ مالِه وصَلَ إليه، فجَهلُه به لا يُبطِلُ قَبضَه له، أي: جَهلُه بأنَّه مِلكُه لا يُبطِلُ حُكمًا شَرعيًّا، ألَا تَرىٰ أنَّ مَن اشتَرىٰ عَبدًا فقالَ البائِعُ للمُشتَري: «أعتِقْ عَبدي هذا»، وأَشارَ إلىٰ المَبيعِ فأعتَقَه المُشتَري ولم يَعلَمْ بأنَّه عَبدُه صَحَّ إعتاقُه، ويُجعَلُ قَبضًا ويَلزَمُه الثَّمنُ؛ لأنَّه أعتَقَ مِلكَه، وجَهلُه بأنَّه مِلكُه لا يَمنعُ صِحةَ ما وُجدَ منه، كذا هذا[1].

وقالَ المالِكيةُ: مَن غصَبَ طَعامًا فقدَّمَه لرَبِّه ضِيافةً فأكَلَه فإنَّ الغاصِبَ يَبرأُ من ذلك، وسَواءٌ علِمَ مالِكُه أنَّه له أو لا؛ لأنَّ رَبَّه باشَرَ إتلافَه، والمُباشِرُ مُقدَّمٌ علىٰ المُتسبِّبِ إذا ضعُفَ السَّببُ كما مَرَّ، بل لو أكرَهَ الغاصِبُ رَبَّه علىٰ أَكلِه لبَرِئَ الغاصِبُ.

وكذلك لو دخَلَ المالِكُ دارَ الغاصِبِ فأكَلَه بغيرِ إذنِ الغاصِبِ لبَرِئَ الغاصِبُ، ثم إنَّ هذه المَسألةَ مُقيَّدةٌ بما إذا كانَ ذلك الطَّعامُ يُناسِبُ حالَ

(1) «الجوهرة النيرة» (4/ 140، 141).

مالِكِه، وإلا يَضمَنْه الغاصِبُ لرَبِّه ويَسقُطْ عنه من قيمَتِه الذي انتفَعَ بـه رَبُّـه، أنْ لو كانَ ذلك مـن الطَّعـامِ الـذي شـأنُه أكلُـه، كما إذا كـانَ الطَّعـامُ يُسـاوي عَشرةَ دَنـانيرَ ويَكفي مالِكَـه مـن الطَّعـامِ الـذي يَليقُ بـه بنِصفِ دِينـارٍ، فـإنَّ الغاصِبَ يَغرَمُ له تِسعةً ونصفًا، ويَنبَغي إذا أكَلَه بغيرِ إذنِ الغاصِـبِ أنْ يُقيَّدَ بما إذا أكَلَه قبلَ فَوتِه، وأمَّا إنْ أكَلَه بعدَما فاتَ عندَ الغاصِبِ ولزِمَته القيمةُ فإنَّه يَرجعُ عليه بقيمَتِه؛ لأنَّه قد أكَلَ ما هو مِلكٌ للغاصِبِ، ويَرجعُ رَبُّه علىٰ الغاصِبِ بقيمَتِه، وقد تَختلِفُ القيمَتانِ[1].

وأمَّا الشافِعيةُ فقـالَ الإمـامُ النَّـوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا أتلَفَ القـابِضُ مـن الغاصِبِ نُظرَ، إنِ استقَلَّ بالإتلافِ فقَرارُ الضَّمانِ عليه.

وإنْ حمَلَه الغاصِبُ عليه بأنْ غصَبَ طَعامًا فقدَّمَه إليه ضيافةً فأكَلَه فـالقَرارُ علـىٰ الآكِلِ إنْ كـانَ عالِمًـا، وكـذا إنْ كـانَ جـاهِلًا علـىٰ الأظهَـرِ المَشـهورِ في الجَديـدِ، فعلـىٰ هـذا إنْ ضـمَّنَه لـم يَرجِعْ علـىٰ الغاصِـبِ، وإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ رجَعَ عليه، وعلىٰ القَولِ الآخَرِ بالعَكسِ، هذا إذا قدَّمَه إليه وسـكَتَ، فـإنْ قـالَ: «هـو مِلكـي»، فـإنْ ضـمَّنَ الآكِـلَ ففـي رُجوعِـه علـىٰ الغاصِبِ القَولانِ، وإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ فالمَذهبُ أنَّه لا يَرجعُ قَطعًا؛ لأنَّه مُعتَرِفٌ بأنَّه مَظلومٌ فلا يَرجعُ علىٰ غيرِ ظالِمِه.

وقالَ المُزنِيُّ: يَرجعُ عليه، وغلَّطَه الأصحابُ[2].

(1) «شرح مختصر خليل» (6/ 141)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 175)، و«تحبير المختصر» (4/ 397).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 641، 642)، و«الأشباه والنظائر» للسبكي ص(342).



وقالَ الحَنابِلةُ: إذا غصَبَ طَعامًا فأطعَمَه غيرَه فللمالِكِ تَضمينُ أيِّهما شاءَ؛ لأنَّ الغاصِبَ حالَ بينَه وبينَ مالِه، والآكِلُ أتلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه، وقبَضَه عن يَدِ ضامِنِه بغيرِ إذنِ مالِكِه، فإنْ كانَ الآكِلُ عالِمًا بالغَصبِ استقَرَّ الضَّمانُ عليه؛ لكَونِه أتلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنٍ عالِمًا من غيرِ تَغريرٍ، فإذا ضمَّنَ الغاصِبَ رجَعَ عليه.

وإنْ ضمَّنَ الآكِلَ لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ، وإنْ لم يَعلَمِ الآكِلُ بالغَصبِ نظَرنا، فإنْ كانَ الغاصِبُ قالَ له: «كُلْه فإنَّه طَعامي»، استقَرَّ الضَّمانُ عليه؛ لاعتِرافِه بأنَّ الضَّمانَ باقٍ عليه، وأنَّه لا يَلزمُ الآكِلَ شَيءٌ، وإنْ لم يَقُلْ ذلك ففيه رِوايتانِ:

إحداهما: يَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ الآكِلِ، وبه قالَ أبو حَنيفةَ والشافِعيُّ في الجَديدِ؛ لأنَّه ضمِنَ ما أتلَفَ فلم يَرجِعْ به علىٰ أحَدٍ.

والثانيةُ: يَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ الغاصِبِ لأنَّه غَرَّ الآكِلَ وأطعَمَه علىٰ أنَّه لا يَضمَنُه، وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرقيِّ، وأيُّهما استقَرَّ عليه الضَّمانُ فغرِمَه لم يَرجِعْ علىٰ أحدٍ، فإنْ غَرِمَه صاحِبُه رجَعَ عليه.

وإنْ أطعَمَ المَغصوبَ لمالِكِه فأكَلَه عالِمًا بأنَّه طَعامُه بَرئَ الغاصِبُ، وإنْ لم يَعلَمْ، وقالَ له الغاصِبُ: «كُلْه فإنَّه طَعامي»، استقَرَّ الضَّمانُ علىٰ الغاصِبِ.

وإنْ كانَت له بيِّنةٌ بأنَّه طَعامُ المَغصوبِ منه، وإنْ لم يَقُلْ ذلك بل قدَّمَه إليه وقالَ: «كُلْه»، أو قالَ: «قد وهَبتُك إياه»، أو سكَتَ، فظاهِرُ كَلامِ أَحمدَ أنَّه لا يَبرأُ؛ لأنَّه قالَ في رِوايةِ الأثرَمِ في رَجلٍ له قِبَلَ رَجلٍ تَبِعةٌ فأوصَلَها إليه علىٰ سَبيلِ صَدقةٍ أو هَديةٍ فلم يَعلَمْ، فقالَ: كيف هذا؟ هذا يَرىٰ أنَّه هَديةٌ،

يَقولُ له: «هذا لك عِندي»، وهذا يَدلُّ علىٰ أنَّه لا يَبرأُ ههنا بأكلِ المالِكِ طَعامَه بطَريقِ الأَوْلىٰ؛ لأنَّه ثَمَّ رَدَّ إليه يَدَه وسُلطانَه، وههنا بالتَّقديمِ إليه لم تَعُدْ إليه اليَدُ والسُّلطانُ، فإنَّه لا يَتمكَّنُ من التَّصرفِ فيه بكلِّ ما يُريدُ من أخذِه وبيعِه والصَّدقةِ به، فلم يَبْرَأِ الغاصِبُ كما لو علَفَه لدوابِّه، ويَتخرَّجُ أنْ يَبرأَ بِناءً علىٰ ما مَضىٰ إذا أطعَمَه لغيرِ مالِكِه، فإنَّه يَستقِرُّ الضَّمانُ علىٰ الآكِلِ في إحدىٰ الرِّوايتَينِ فيَبرأُ ههنا بطَريقِ الأَولىٰ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: وإنْ وهَبَ المَغصوبَ لمالِكِه أو أَهداه إليه فالصَّحيحُ أنَّه يَبرأُ؛ لأنَّه قد سلَّمَه إليه تَسليمًا صَحيحًا تامًّا وزالَت يَدُ الغاصِبِ، وكَلامُ أَحمدَ في رِوايةِ الأثرَمِ وارِدٌ فيما إذا أَعطاه عِوضَ حَقِّه علىٰ سَبيلِ الهَديةِ فأخَذَه المالِكُ علىٰ هذا الوَجهِ، لا علىٰ سَبيلِ العِوضِ فلم تَثبُتِ المُعاوَضةُ، ومَسألتُنا فيما إذا رَدَّ إليه عَينَ مالِه وأعادَ يَدَه التي أزالَها، وإنْ باعَه إياه وسلَّمَه إليه بَرئَ من الضَّمانِ؛ لأنَّه قبَضَه بالابتِياعِ، والابتِياعُ يُوجِبُ الضَّمانَ، وإنْ أقرَضَه إياه بَرئَ أيضًا لذلك، وإنْ أعارَه إياه بَرئَ أيضًا؛ لأنَّ العاريةَ تُوجِبُ الضَّمانَ، وإنْ أودَعَه إياه أو آجَرَه إياه أو رهَنَه أو أسلَمَه عندَه ليُقصِّرَه أو يُعلِّمَه لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ، إلا أنْ يَكونَ عالِمًا بالحالِ؛ لأنَّه لم يَعُدْ إليه سُلطانُه، إنَّما قبَضَه علىٰ أنَّه أَمانةٌ، وقالَ بعضُ أَصحابِنا: يَبرأُ لأنَّه عادَ إلىٰ يَدِه وسُلطانِه، وهذا أحدُ الوَجهَينِ لأَصحابِ الشافِعيِّ، والأولُ أَولىٰ، فإنَّه لو أباحَه إياه فأكَلَه لم يَبْرَأْ فههنا أَولىٰ[1].



(1) «المغني» (5/ 158، 159، 169، 170)، و«الكافي» (2/ 406، 408)، و«المبدع» (5/ 178)، و«الإنصاف» (6/ 170)، و«كشاف القناع» (4/ 127).



ضَمانُ إتلافِ الخَمرِ والخنزيرِ أو غَصبِهما:

الإنسانُ إذا أتلَفَ لغيرِه خَمرًا أو خِنزيرًا أو غصَبَهما فهذا لا يَخلو من حالتَين:

الحالةُ الأُولى: إذا أتلَفَ الخَمرَ أو الخِنزيرَ أو غصَبَهما من مُسلمٍ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ على أنَّ المُسلمَ أو الذِّميَّ إذا أتلَفَ خَمرًا أو خِنزيرًا لمُسلمٍ فإنَّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّهما ليسا بمُتقوَّمَينِ في حَقِّ المُسلم؛ لأنَّ المُسلمَ مَمنوعٌ من تَملُّكِه وتَمليكِه؛ لحَديثِ جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه رَوى أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**ألَا إنَّ اللهَ ورَسولَه حَرَّما بَيعَ الخَمرِ والمَيتةِ والخِنزيرِ والأَصنامِ**»[1] وما حُرِّمَ بَيعُه لا لحُرمتِه لم تَجِبْ قيمَتُه كالمَيتةِ.

وكذا إذا غصَبَ خَمرًا لمُسلمٍ أو خِنزيرًا له فهلَكَ في يَدِه أنَّه لا يَضمَنُ، سَواءٌ كانَ الغاصِبُ مُسلمًا أو ذِميًّا؛ لأنَّ الخَمرَ ليسَت بمالٍ مُتقوَّمٍ في حَقِّ المُسلمِ وكذا الخِنزيرُ، فلا يُضمَنانِ بالغَصبِ[2].

الحالةُ الثانيةُ: إذا أتلَفَ الخَمرَ والخِنزيرَ أو غصَبَهما من ذِميٍّ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في المُسلمِ إذا أتلَفَ أو استهلَكَ الخَمرَ أو الخِنزيرَ لذِميٍّ هل يَضمَنُهما أو لا؟

---

(1) **مُتفقٌ عليه**: تَقدَّمَ تَخريجُه.

(2) «بدائع الصنائع» (7/ 147)، و«الاختيار» (3/ 80، 81)، و«البحر الرائق» (8/ 140)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 141، 142)، و«المعونة» (2/ 194)، و«الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (3/ 129، 130)، رقم (987)، و«البيان» (7/ 81)، و«المغني» (5/ 173)، و«شرح الزركشي» (2/ 164).

فذهَبَ الحَنفيةُ والمالِكيةُ إلىٰ أنَّ المُسلمَ إذا أتلَفَ الخَمرَ أو الخِنزيرَ للذِّميِّ ضمِنَهما؛ لأنَّ الخَمرَ لهم كالخَلِّ لنا، ولأنَّ الخِنزيرَ في حَقِّهم كالشاةِ لنا، ونحن أُمِرنا بأنْ نَترُكَهم وما يَدينونَ، ولقَولِ عُمرَ لمَّا سألَ عُمَّالَه ماذا يُصنَعُ بما يَمرُّ به أهلُ الذِّمةِ من الخُمورِ، فقالوا: نُعشِّرُها، قالَ: «لا تَفعَلوا، ووَلُّوهم بَيعَها وخُذوا العُشرَ من أثمانِها»، فلولا أنَّها مُتقوَّمةٌ وأنَّ بَيعَها جائِزٌ لهم لَمَا أمَرَهم بذلك من غيرِ إنكارٍ فكانَ إجماعًا، ولأنَّه أتلَفَ عليه ما يَعتقِدُه مالًا له ظُلمًا، فوجَبَ أنْ يَضمنَ قيمَتَه، أصلُه إذا أتلَفَ عليه ما يَصحُّ تَمليكُه في حَقِّ المُسلمِ، ولأنَّ حِفظَ مالِه والكَفَّ عن إتلافِه عليه مُستحَقٌّ علينا كاستِحقاقِه في حِفظِ نَفسِه، فلَمَّا كانَت نَفسُه مَضمونةً بالإتلافِ فكذلك مالُه.

إلا أنَّه إذا أتلَفَه مُسلمٌ تَجبُ قيمةُ الخَمرِ وإنْ كانَ مِثليًّا **عندَ الحَنفيةِ والمالِكيةِ**؛ لأنَّ المُسلمَ مَمنوعٌ من تَمليكِه وتَملُّكِه بخِلافِ الذِّميِّ.

وقالَ الحَنفيةُ: أمَّا إذا أتلَفَه ذِميٌّ لذِميٍّ فإنَّه يَجبُ مِثلُه؛ لأنَّ الذِّميَّ غيرُ مَمنوعٍ من تَمليكِه وتَملُّكِه[1].

---

(1) «الاختيار» (3/ 80، 81)، و«البحر الرائق» (8/ 140)، و«الجوهرة النيرة» (4/ 141، 142)، و«مختصر الوقاية» (2/ 141)، و«اللباب» (1/ 640)، و«المعونة» (2/ 194)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 129، 130)، رقم (987)، و«التاج والإكليل» (4/ 307)، و«تحبير المختصر» (4/ 387)، و«حاشية العدوي» (2/ 433).



وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ وعبدُ المَلكِ بنُ الماجِشونِ من المالِكيةِ إلىٰ أنَّ المُسلمَ إذا أتلَفَ الخَمرَ أو الخِنزيرَ للذِّميِّ فلا ضَمانَ عليه فيهما؛ لأنَّ ما لم يَكُنْ مَضمونًا في حَقِّ المُسلمِ لم يَكُنْ مَضمونًا في حَقِّ الذِّميِّ كالمُرتدِّ، ولأنَّها غيرُ مُتقوَّمةٍ فلا تُضمَنُ كالمَيتةِ، والدَّليلُ أنَّها غيرُ مُتقوَّمةٍ في حَقِّ المُسلمِ فكذلك في حَقِّ الذِّميِّ، فإنَّ تَحريمَها ثبَتَ في حَقِّهما، وخِطابُ النَّواهي يَتوجَّهُ إليهما، فما ثبَتَ في حَقِّ أَحدِهما ثبَتَ في حَقِّ الآخَرِ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: ولا نُسلِّمُ بأنَّها مَعصومةٌ، بل مَتىٰ أُظهِرت حَلَّت إراقَتُها، ثم لو عصَمَها ما لزِمَ تَقويمُها، فإنَّ نِساءَ أهلِ الحَربِ وصِبيانَهم مَعصومونَ غيرُ مُتقوَّمينَ، وقَولُهم: إنَّها مالٌ عندَهم يَنتقِضُ بالعَبدِ المُرتدِّ، فإنَّه مالٌ عندَهم، وأمَّا حَديثُ عُمرَ فمَحمولٌ علىٰ أنَّه أَرادَ تَركَ التَّعرُّضِ لهم، وإنَّما أمَرَ بأخذِ عُشرِ أَثمانِها؛ لأنَّهم تَبايَعوا وتَقابَضوا فحكَمْنا لهم بالمِلكِ ولم نَنقُضْه، وتَسميتُها أَثمانًا مَجازٌ، كما سَمَّىٰ اللهُ تَعالىٰ ثَمنَ يُوسفَ ثَمنًا، فقالَ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يُوسُف: 20]، وأمَّا قَولُ الخِرقيِّ: ويُنهَىٰ عن التَّعرُّضِ لهم فيما لا يُظهِرونَه، فلأنَّ كلَّ ما اعتَقَدوا حِلَّه في دِينِهم ممَّا لا أذَىٰ للمُسلِمينَ فيه من الكُفرِ وشُربِ الخَمرِ واتِّخاذِه ونِكاحِ ذَواتِ المَحارمِ لا يَجوزُ لنا التَّعرُّضُ لهم فيه إذا لم يُظهِروه؛ لأنَّنا التَزَمنا بإقرارِهم عليه في دارِنا فلا نَتعرَّضُ لهم فيما التَزَمنا بتَركِه، وما أَظهَروه من ذلك تعيَّنَ إنكارُه عليهم، فإنْ كانَ خَمرًا جازَت إراقتُه، وإنْ

أظهَروا صَليبًا أو طُنبورًا جازَ كَسرُه، وإنْ أظهَروا كُفرَهم أُدِّبوا علىٰ ذلك، ويُمنَعونَ من إظهارِ ما يَحرُمُ علىٰ المُسلِمينَ[1].

ضَمانُ كَسرِ الصَّليب:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ المُسلمَ إذا كانَ معه صَليبٌ فأتلَفَه إنسانٌ فلا ضَمانَ عليه.

أمَّا إنْ كانَ الصَّليبُ لأهلِ الذِّمةِ فإنْ أظهَروه وجَبَت إزالَتُه، ولا ضَمانَ علىٰ مُتلِفِه.

وإنْ كانَ علىٰ وَجهٍ يُسرُّونَه عن المُسلِمينَ ولا يُظهِرونَه فإنْ غصَبَه غاصِبٌ وجَبَ رَدُّه عندَهم جَميعًا.

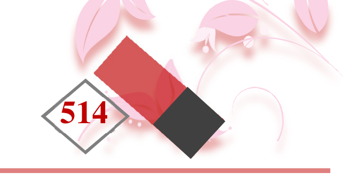
إلا أنَّهم اختَلَفوا فيما لو أتلَفَه مُتلِفٌ، هل يَجبُ عليه ضَمانُه أو لا؟

فقالَ الحَنفيةُ: لو أتلَفَ مُسلمٌ صَليبًا علىٰ نَصرانِيٍّ يَضمَنُ قيمَتَه صَليبًا؛ لأنَّه مُقَرٌّ علىٰ ذلك، فصارَ كالخَمرِ التي هُم مُقَرُّونَ عليها.

قالَ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو غصَبَ مُسلمٌ من نَصرانِيٍّ صَليبًا له فهلَكَ في يَدِه يَضمَنُ قيمَتَه صَليبًا؛ لأنَّه مُقَرٌّ علىٰ ذلك[2].

(1) «المغني» (5/ 173)، و«شرح الزركشي» (2/ 164)، و«كشاف القناع» (4/ 95)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 212)، و«المعونة» (2/ 194)، و«الحاوي الكبير» (7/ 221، 224)، و«البيان» (7/ 81)، و«النجم الوهاج» (5/ 189)، و«مغني المحتاج» (3/ 301، 302).

(2) «بدائع الصنائع» (7/ 148)، و«الهداية» (4/ 23)، و«مجمع الضمانات» (1/ 317)، و«عمدة القاري» (13/ 29)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 131).



وقالَ ابنُ بَطالٍ المالِكيُّ: وأمَّا الساعةَ فلو كُسِر صَليبٌ لأهلِ الكِتابِ المُعاهَدينَ بينَ أظهُرِنا لكانَ ذلك تَعدِّيًا؛ لأنَّهم على ذلك يُؤدُّونَ الجِزيةَ، وإنْ كسَرَه لأهلِ الحَربِ كانَ مَشكورًا، وكذلك قَتلُ الخِنزيرِ[1].

وذهَبَ الشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلى أنَّ المُسلمَ إذا أتلَفَ صَليبًا فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه لا يَحلُّ بَيعُه فلم يَضمَنْه كالمَيتةِ، والدَّليلُ على أنَّه لا يَحلُّ بَيعُه قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيعَ الخَمرِ والمَيتةِ والخِنزيرِ والأَصنامِ**» مُتَّفقٌ عليه.

قالَ الشافِعيةُ: الأَصنامُ والصُّلبانُ لا يَجبُ في إبطالِها شَيءٌ؛ لأنَّ مَنفعتَها مُحرمةٌ لا تُقابَلُ بشَيءٍ.

والأصَحُّ أنَّها لا تُكسَرُ الكَسرَ الفاحِشَ؛ لإمكانِ إزالةِ الهَيئةِ المُحرمةِ مع بَقاءِ بَعضِ الماليةِ، إلا للإمامِ فله ذلك زَجرًا وتأديبًا، بل تُفصَّلُ لتَعودَ كما قبلَ التأليفِ؛ لزَوالِ الاسمِ بذلك.

ومُقابِلُ الأصَحِّ: تُكسَرُ وتُرضَّضُ حتى تَنتَهيَ إلى حَدٍّ لا يُمكِنُ فيه إعادَتُها صَنمًا أو صَليبًا أو غيرَ ذلك من المُحرَّماتِ[2].

قالَ البُهوتيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ومَن أتلَفَ مِزمارًا ونَحوَه بأنْ حَرَقه وألقاه في نَحوِ بَحرٍ أو كسَرَ مِزمارًا أو طُنبورًا أو صَليبًا أو كسَرَ إناءَ ذَهبٍ أو فِضةٍ لم

(1) «شرح صحيح البخاري» (6/ 605).

(2) «النجم الوهاج» (5/ 191)، و«مغني المحتاج» (3/ 302، 303)، و«كنز الراغبين» (3/ 78، 79)، و«البيان» (7/ 82)، و«المغني» (5/ 174)، و«الكافي» (2/ 411)، و«المحرر» (1/ 363).

يَضمَنْه، وأمَّا إذا أتلَفَه فإنَّه يَضمَنُه بوَزنِه ذَهبًا أو فِضةً بلا صِناعةٍ كما تقدَّمَ، قالَ الحارِثيُّ: لا خِلافَ فيه. انتَهى[1].

وقد عَنونَ الإمامُ البُخاريُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في صَحيحِه بابًا بعُنوانِ: بابُ كَسرِ الصَّليبِ وقَتلِ الخِنزيرِ:

حدَّثَنا عليُّ بنُ عبدِ اللهِ: حدَّثَنا سُفيانُ: حدَّثَنا الزُّهريُّ قالَ: أخبَرَني سَعيدُ ابنُ المُسيِّبِ: سمِعَ أبا هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**لا تَقومُ الساعةُ حتىٰ يَنزِلَ فيكم ابنُ مَريمَ حَكمًا مُقسِطًا، فيَكسِرَ الصَّليبَ، ويَقتلَ الخِنزيرَ، ويَضعَ الجِزيةَ، ويَفيضَ المالُ حتىٰ لا يَقبَلَه أحدٌ**»[2].

قالَ الحافِظُ ابنُ حَجرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي إيرادِه هنا إشارةٌ إلىٰ أنَّ مَن قتَلَ خِنزيرًا أو كسَرَ صَليبًا لا يَضمَنُ؛ لأنَّه فعَلَ مَأمورًا به، وقد أخبَرَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بأنَّ عيسىٰ عَلَيْهِ السَّلَامُ سيَفعَلُه، وهو إذا نزَلَ كانَ مُقرِّرًا لشَرعِ نَبيِّنا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا يَخفَىٰ أنَّ مَحلَّ جَوازِ كَسرِ الصَّليبِ إذا كانَ مع المُحارِبينَ أو الذِّميِّ إذا جاوَزَ به الحَدَّ الذي عُوهِدَ عليه، فإذا لم يَتجاوَزْ وكسَرَه مُسلمٌ كانَ مُتعدِّيًا؛ لأنَّهم علىٰ تَقريرِهم علىٰ ذلك يُؤدُّونَ الجِزيةَ، وهذا هو السِّرُّ في تَعميمِ عيسىٰ كَسرَ كلِّ صَليبٍ؛ لأنَّه لا يَقبلُ الجِزيةَ، وليس ذلك منه نَسخًا لشَرعِ نَبيِّنا مُحمدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بل الناسِخُ هو شَرعُنا علىٰ لِسانِ نَبيِّنا؛ لإخبارِه بذلك وتَقريرِه[3].

(1) «كشاف القناع» (4/ 162، 163)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 190).
(2) أخرجه البخاري (2344)، ومسلم (3264).
(3) «فتح الباري» (5/ 121).

حُكمُ من ظفِرَ بحَقٍّ له عندَ آخَرَ:

مَن كانَ له حَقٌّ عندَ آخَرَ فهذا لا يَخلو من حالتَينِ:

الحالةُ الأُولى: أنْ يَكونَ مُقِرًّا بالحَقِّ باذِلًا له:

إذا كانَ صاحِبُ الحَقِّ مُقِرًّا بالحَقِّ باذِلًا له **فهذا ممَّا لا خِلافَ فيه بينَ العُلماءِ** علىٰ أنَّه لا يَجوزُ للإنسانِ أنْ يأخُذَ حقَّه منه إنْ ظفِرَ به.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا كانَ لرَجلٍ علىٰ غيرِه حَقٌّ وهو مُقِرٌّ به باذِلٌ له لم يَكُنْ له أنْ يأخُذَ من مالِه إلا ما يُعطيه **بلا خِلافٍ بينَ أهلِ العِلمِ**، فإنْ أخَذَ من مالِه شَيئًا بغيرِ إذنِه لزِمَه رَدُّه إليه وإنْ كانَ قَدرَ حَقِّه؛ لأنَّه لا يَجوزُ أنْ يَملكَ عليه عَينًا من أعيانِ مالِه بغيرِ اختيارِه لغيرِ ضَرورةٍ، وإنْ كانَت من جِنسِ حَقِّه؛ لأنَّه قد يَكونُ للإنسانِ غَرضٌ في العَينِ، فإنْ أتلَفَها أو تلِفَت فصارَت دَينًا في ذِمتِه، وكانَ الثابِتُ في ذِمتِه من جِنسِ حَقِّه تَقاصَّا في قياسِ المَذهبِ وفي المَشهورِ من مَذهبِ الشافِعيِّ، وإنْ كانَ مانِعًا له لأمرٍ يُبيحُ المَنعَ كالتَّأجيلِ والإعسارِ لم يَجزْ أخذُ شَيءٍ من مالِه بغيرِ خِلافٍ، وإنْ أخَذَ شَيئًا لزِمَه رَدُّه إنْ كانَ باقِيًا أو عِوضَه إنْ كانَ تالِفًا، ولا يَحصُلُ التَّقاصُّ هنا؛ لأنَّ الدَّينَ الذي له لا يَستحِقُّ أخذَه في الحالِ بخِلافِ التي قبلَها[1].

وقالَ الزَّركَشيُّ: إذا لم يَمنَعْه من حَقِّه فإنَّه ليس له الأخذُ اتِّفاقًا[2].

(1) «المغني» (10/ 175).
(2) «شرح الزركشي» (3/ 435).

وقالَ الإمامُ الشِّيرازيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَن وجَبَ له حَقٌّ علىٰ رَجلٍ وهو غيرُ مُمتنِعٍ من دَفعِه لم يَجزْ لصاحِبِ الحَقِّ أنْ يأخُذَ من مالِه حَقَّه بغيرِ إذنِه؛ لأنَّ الخيارَ فيما يُقضَىٰ به الدَّينُ إلىٰ مَن عليه الدَّينُ، ولا يَجوزُ أنْ يأخُذَ إلا ما يُعطيه، وإنْ أخَذَ بغيرِ إذنِه لزِمَه رَدُّه، فإنْ تلفَ ضمِنَه؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه بغيرِ حَقٍّ[1].

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَظفرَ بحَقِّه من غاصِبٍ له أو جاحِدٍ له أو غيرِ ذلك، وهو عاجِزٌ عن أخذِه:

اختلَفَ أهلُ العِلمِ فيمَن له حَقٌّ عندَ غيرِه وهو عاجِزٌ عن أخذِه كمَن له وَديعةٌ عندَ آخَرَ فجحَدَها فهل يَجوزُ له إذا ظفِرَ بمالٍ لمَن عليه الحَقُّ أنْ يأخُذَه أو لا؟ وهل يَجوزُ أنْ يأخُذَ إذا كانَ من جِنسِ حَقِّه ولا يَجوزُ من غيرِه أو لا يَجوزُ مُطلَقًا؟ على أَقوالٍ:

القَولُ الأولُ: أنَّه يَجوزُ لمَن ظفِرَ بحَقِّه أنْ يأخُذَه سَواءٌ كانَ من جِنسِ حَقِّه أو من غيرِه، وسَواءٌ علِمَ المَأخوذَ منه أو لم يَعلَمْ.

ذهَبَ المالِكيةُ في المُعتمَدِ من المَذهبِ[2] والشافِعيةُ[3] والحَنابلةُ في

(1) «المهذب» (2/ 317)، و«التنبيه» ص(265).

(2) «التمهيد» (20/ 159، 160)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 118)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 139، 140)، و«التاج والإكليل» (4/ 277، 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 361، 362)، و«بلغة السالك» (3/ 360)، و«منح الجليل» (8/ 550).

(3) «الأم» (5/ 103، 105)، و«المهذب» (2/ 317)، و«التنبيه» ص(265)، و«شرح صحيح مسلم» (12/ 7).



قَولٍ[1] **وهو الذي عليه الفَتوَى عندَ الحَنفيةِ في هـذه الأَزمـانِ**[2] إلـىٰ أنَّـه يَجوزُ للإنسانِ إذا كانَ له حَقٌّ عندَ غيرِه وجحَدَه أو عجزَ عـن أخذِه ووجَدَ مالًا له أنَّ له الأخْذَ منه، سَواءٌ كانَ من جِنسِ حَقِّه أو لا، وسَواءٌ علِمَ المانِعُ الحَقَّ أو لم يَعلَمْ، واستدَلُّوا علىٰ ذلك بما يَلي:

1- بقَولِ اللهِ تَعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرَة: 194].

2- وبما رَواه الشَّيخانِ وغيرُهما عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالَت: دخَلَت هِندُ بِنتُ عُتبةَ امرأةُ أَبي سُفيانَ علىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالَت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ أَبا سُفيانَ رَجلٌ شَحيحٌ، لا يُعطِيني من النَّفَقةِ ما يَكفِيني ويَكفي بَنيَّ إلا ما أَخذتُ من مالِه بغيرِ عِلمِه، فهل علَيَّ في ذلك من جُناحٍ؟ فقالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**خُذي من مالِه بالمَعروفِ ما يَكفيكِ ويَكفي بَنيكِ**»[3].

3- وبحَديثِ عُقبةَ بنِ عامرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: قُلنا للنَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنَّك تَبعَثُنا، فنَنزِلُ بقَومٍ لا يَقرُونَنا، فما تَرىٰ فيه؟ فقالَ لنا: «**إنْ نـزَلتُم بقَومٍ،**

(1) «المغني» (10/ 175، 277)، و«الشرح الكبير» (11/ 363)، و«المبدع» (10/ 97)، و«الإنصاف» (11/ 308، 310).

(2) «ابن عابدين» (6/ 151).

(3) أخرجه البخاري (2/ 868)، ح رقم (2328) بابُ قِصاصِ المَظلومِ إذا وجَدَ مالَ ظالِمِه وقالَ ابنُ سِيرينَ: يقاصُّه وقرَأَ ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم﴾ [النَّحل: 126]، ومسلم (1714)، وأبو داود (3/ 289)، ح رقم (3532) باب في الرَّجلِ يَأخذُ حقَّه من تحت يدِه.



فأُمِرَ لكم بما يَنبَغي للضَّيفِ فاقبَلوا، فإنْ لم يَفعَلوا، فخُذوا منهم حَقَّ الضَّيفِ»[1].

قالَ المالِكيةُ في المَذهبِ: من جُحِدَ حَقُّه عندَ رَجلٍ مُلِدٍّ أو مُنكِرٍ أو ظالِمٍ سَواءٌ كانَت وَديعةً أو غيرَها ثم قدِرَ علىٰ مالِ الآخِذِ أو الجاحِدِ جازَ له أنْ يأخُذَ منه بقَدرِ حَقِّه بشَرطَينِ:

الأولُ: ألَّا تَكونَ في عُقوبةٍ، فإنْ كانَت عُقوبةً من ضَربٍ أو حَبسٍ أو قَطعٍ أو قَتلٍ لا يَستَوفيها بنَفسِه، بل لا بدَّ من الحاكِمِ، فلا يَجرَحُ مَن جرَحَه ولا يَضرِبُ مَن ضرَبَه ولا يُؤدِّبُ مَن شتَمَه ولا يَحُدُّ من قذَفَه ولا يَقتَصُّ ممَّن جَنىٰ عليه.

والثانِي: أنْ يأمَنَ وُقوعَ فِتنةٍ من قِتالٍ أو ضَربٍ أو جَرحٍ أو نَحوِ ذلك، وأنْ يأمَنَ علىٰ نَفسِه الرَّذيلةَ بألَّا يُنسَبَ إلىٰ الخيانةِ أو السَّرقةِ أو الغَصبِ لأخذِ حَقِّه؛ لأنَّ حِفظَ العِرضِ واجِبٌ كالنَّفسِ.

وكذا إذا كانَ شَخصانِ لكلٍّ منهما حَقٌّ علىٰ الآخَرِ فجحَدَ أحَدُهما حَقَّ صاحِبِه، فللآخَرِ جَحدُ ما يُعادِلُه، ولهُ أنْ يَحلِفَ ويَتحاشىٰ، وذلك لقَولِ اللهِ تَعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: 194] ولحَديثِ هِندَ السابِقِ، ولا فَرقَ بينَ أخذِ العَينِ والمِثلِ والقيمةِ علىٰ المَذهبِ.

(1) أخرجه البخاري (2/ 868)، ح رقم (2329) بابُ قِصاصِ المَظلوم إذا وجَدَ مالَ ظالمِه وقالَ ابنُ سِيرينَ: يقاصُّه وقرأَ ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم﴾ [النحل: 126]، ومسلم (1727).



وأَجابوا عن حَديثِ: «أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنك ولا تَخُنْ مَن خانَك»، بأنَّ مَعنىٰ «لا تَخُنْ» أي: لا تَخُنْ مَن خانَك بعدَ أنِ انتَصَرتَ منه في خيانَتِه لكَ، والنَّهيُ إنَّما وقَعَ علىٰ الابتِداءِ أو ما يَكونُ في مَعنىٰ الابتِداءِ، كأنَّه يَقولُ: ليسَ لك أنْ تَخونَه وإنْ كانَ قد خانَكَ، كما مَن لم يَكُنْ له أنْ يَخونَك أولًا، وأمَّا مَن عاقَبَ بمِثلِ ما عُوقِبَ به وأخَذَ حَقَّه فليسَ بخائِنٍ، وإنَّما الخائِنُ مَن أخَذَ ما ليسَ له أو أكثَرَ ممَّا له[1].

وأمَّا الشافِعيةُ فقالَ منهم الإمامُ الشِّيرازيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فَصلٌ: ومَن وجَبَ له حَقٌّ علىٰ رَجلٍ وكانَ مُمتنِعًا من أَدائِه فإنْ لم يَقدِرْ علىٰ أخذِه بالحاكِمِ، فله أنْ يأخُذَ مِن مالِه؛ لقَولِه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**لا ضَررَ ولا ضِرارَ**»، وفي مَنعِه من أخذِ مالِه في هذه الحالِ إضرارٌ به.

وإنْ كانَ يَقدِرُ علىٰ أخذِه بالحاكِمِ بأنْ تَكونَ له عليه بَيِّنةٌ ففيه وَجهانِ:

أَحدُهما: أنَّه لا يَجوزُ أنْ يأخُذَه؛ لأنَّه يَقدِرُ علىٰ أخذِه بالحاكِمِ فلم يَجزْ أنْ يأخُذَه بنَفسِه.

والثانِي: **وهو المَذهبُ** أنَّه يَجوزُ؛ لأنَّ هِندَ قالَت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ أَبا سُفيانَ رَجلٌ شَحيحٌ، وإنَّه لا يُعطِيني ما يَكفيني ووَلَدي إلا ما آخُذُه سِرًّا.

---

(1) «التمهيد» (20/ 159، 160)، و«شرح صحيح البخاري» لابن بطال (6/ 585، 586)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 118)، و(7/ 235)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 139، 140)، (6/ 155، 156)، و«التاج والإكليل» (4/ 277، 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 361، 362)، و«بلغة السالك» (3/ 360)، و«منح الجليل» (8/ 550).

فقالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**خُذي ما يَكفيكِ ووَلَدَك بالمَعروفِ**»[1]. فأذِنَ لها في الأخذِ مع القُدرةِ علىٰ الأخذِ بالحاكِمِ، ولأنَّ عليه في المُحاكَمةِ مَشقةً فجازَ له أخذُه، فإنْ كانَ الذي قدِرَ عليه من جِنسِ حَقِّه أخَذَ قَدرَ حَقِّه، وإنْ كانَ من غيرِ جِنسِه أخَذَه ولا يَجوزُ أنْ يَتملَّكَه؛ لأنَّه من غيرِ جِنسِ مالِه، فلا يَجوزُ أنْ يَتملَّكَه ولكنْ يَبيعُه ويَصرِفُ ثَمنَه في حَقِّه، وفي كَيفيةِ البَيعِ وَجهانِ:

أَحدُهما: أنَّه يُواطِئُ رَجلًا ليُقرَّ له بحَقِّه وأنَّه مُمتنِعٌ من أَدائِه فيَبيعُ الحاكِمُ المالَ عليه.

والثاني: وهو المَذهبُ أنَّه يَبيعُ المالَ بنَفسِه؛ لأنَّه يَتعذَّرُ عليه أنْ يُثبِتَ الحَقَّ عندَ الحاكِمِ، وأنَّه مُمتنِعٌ من بَيعِه، فملَكَ بَيعَه بنَفسِه، فإنْ تلِفَت العَينُ قبلَ البَيعِ ففيه وَجهانِ:

أَحدُهما: أنَّها تَتلَفُ من ضَمانِ مَن عليه الحَقُّ ولا يَسقُطُ دَينُه لأنَّها مَحبوسةٌ لاستِيفاءِ حَقِّه منها، فكانَ هَلاكُها من ضَمانِ المالِكِ كالرَّهنِ.

والوَجهُ الثاني: أنَّها تَتلَفُ من ضَمانِ صاحِبِ الحَقِّ؛ لأنَّه أخَذَها بغيرِ إذنِ المالِكِ فتَلِفَت من ضَمانِه بخِلافِ الرَّهنِ، فإنَّه أخَذَه بإذنِ المالِكِ فتَلِفَ من ضَمانِه[2].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي هذا الحَديثِ -أي: حَديثِ هِندَ- فَوائدُ، منها: أنَّ مَن له علىٰ غيرِه حَقٌّ وهو عاجِزٌ عن استِيفائِه يَجوزُ له أنْ

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: تقدم.
(2) «المهذب» (2/ 317، 318)، و«التنبيه» ص(265).

يأخُذَ من مالِه قَدرَ حَقِّه بغيرِ إذنِه، وهذا مَذهبُنا، ومنَعَ ذلك أَبو حَنيفةَ ومالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1].

وهذا القَولُ الذي يُجيزُ للإنسانِ إذا ظَفِرَ بحَقِّه ولو من غيرِ جِنسِه أنْ يأخُذَه هو **ما عليه الفَتوَى عندَ مُتأخِّري الحَنفيةِ، قالَ الإمامُ ابنُ عابدينَ** رَحِمَهُ اللَّهُ:

تَنبيهٌ: قالَ الحَمويُّ في شَرحِ «الكَنز» نَقلًا عن العَلَّامةِ المَقدِسيِّ عن جَدِّه الأشقَرِ عن «شَرحِ القُدوري» للأخصَبِ: إنَّ عَدمَ جَوازِ الأخذِ من خِلافِ الجِنسِ كانَ في زَمانِهم؛ لمُطاوَعتِهم في الحُقوقِ، والفَتوَىٰ اليَومَ علىٰ جَوازِ الأخذِ عندَ القُدرةِ من أيِّ مالٍ كانَ، لا سيَّما في ديارِنا لمُداوَمتِهم العُقوقَ.

قالَ الشاعِرُ:

عَفاءٌ على هذا الزَّمانِ فإنَّه زَمانُ عُقوقٍ لا زَمانُ حُقوقِ
وكلُّ رَفيقٍ فيه غيرُ مُرافِقٍ وكلُّ صَديقٍ فيه غيرُ صَدوقِ[2]

وقالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: بابُ المُودعِ يَجحَدُ الوَديعةَ ويَقعُ بيَدِ رَبِّ المالِ مِثلُه من مالِ المُودَعِ:

قالَ أبو بَكرٍ: وإذا أودَعَ الرَّجلُ الرَّجلَ مِئةَ دِرهمٍ فجحَدَها المُودَعُ ثم أودَعَ المُودَعُ الجاحِدُ رَبَّ الوَديعةِ الأُولىٰ مِئةً مِثلَها.

(1) «شرح صحيح مسلم» (12/ 7).
(2) «حاشية ابن عابدين» (6/ 151).

فقالَ الشافِعيُّ وأَصحابُ الرأيِ: له أنْ يأخُذَها من مالِه.

والجَوابُ عندَهم: في الحِنطةِ والشَّعيرِ وما يُكالُ أو يُوزَنُ مِثلُه إذا أودَعَه مِثلَها، فلَه أنْ يأخُذَ ذلك قِصاصًا.

وقالَ مالِكٌ: لا يَجحَدُه ولا يأخُذُها.

وفي قَولِ الشافِعيِّ: إنْ وصَلَ إلىٰ سِلعةٍ من السِّلعِ، فله أنْ يَبيعَها ويَقتَضيَ من ثَمنِها مالَه.

وليسَ له إمساكُ ذلك في قَولِ أصحابِ الرأيِ.

قالَ أبو بَكرٍ: قَولُ الشافِعيِّ صَحيحٌ استِدلالًا بخَبَرِ عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ لِهندَ: «خُذي ما يَكفيكِ ووَلدَكِ بالمَعروفِ»[1].

وعلى رِوايةِ الحَنابِلةِ القائِلةِ بالجَوازِ قالَ الزَّركَشيُّ: (وعلىٰ القَولِ الآخَرِ وإنْ وجَدَ جِنسَ حَقِّه أخَذَ منه قَدرَ حَقِّه، ولا يأخُذُ من غيرِه مع قُدرتِه عليه، وإنْ لم يَجِدْ إلا من غيرِ جِنسِ حَقِّه أخَذَ منه قيمةَ حَقِّه، مُتحرِّيًا للعَدلِ في ذلك، جزَمَ به أبو البَركاتِ، وأبو الخَطابِ في «الهِداية» وغيرُهما، وهو أحدُ احتِمالَيْ أبي مُحمدٍ كما في الرَّهنِ.

(والاحتِمالُ الثاني) ليسَ له ذلك؛ لإفضائِه إلىٰ بَيعِ مالِ غيرِه من نَفسِه بغيرِ إذنٍ له في ذلك، وهذه المَسألةُ تُلقَّبُ بمَسألةِ الظَّفَرِ[2].

(1) «الإشراف» (6/ 341، 342).

(2) «شرح الزركشي» (3/ 434، 435).

القَولُ الثاني: أنَّه لا يَجوزُ لمَن ظفِرَ بحَقِّه أنْ يأخُذَ منه شَيئًا، **وهو قَولٌ للمالِكيةِ اختارَه خَليلٌ، وهو رِوايةُ ابنِ القاسِمِ عن مالِكٍ**[1] **وللحَنابِلةِ في المَذهبِ**[2]، واستدَلُّوا علىٰ ذلك بما رَواه أَحمدُ وأَبو داودَ وغيرُهما عن يُوسفَ بنِ ماهَكَ المَكيِّ، قالَ: كُنتُ أكتُبُ لفُلانٍ نَفقةَ أَيتامٍ كانَ وَليَّهم فغالَطوه بألفِ دِرهمٍ، فأَداها إليهم فأدرَكتُ لهم من مالِهم مِثلَيْها، قالَ: قُلتُ: أقبِضُ الألفَ الذي ذَهبوا به منك؟ قالَ: لا، حدَّثَني أَبي أنَّه سمِعَ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتمَنَك، ولا تَخُنْ مَن خانَك**»[3].

جاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى» فيمَن استَودَع رَجلًا مالًا أو أقرَضَه فجحَدَه ثم استَودَعه الجاحِدُ مِثلَه:

(قُلتُ): أرأيتَ لو أنَّ رَجلًا استَودَعتُه ألفَ دِرهمٍ أو أقرَضتُه إياها قَرضًا أو بِعتُه بها سِلعةً فجحَدَني ذلك ثم إنَّه استَودَعَني بعدَ ذلك ألفَ دِرهمٍ أو

(1) «التمهيد» (20/ 159، 160)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 118)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 139، 140)، و«التاج والإكليل» (4/ 277، 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 361، 362)، و«بلغة السالك» (3/ 360)، و«منح الجليل» (8/ 550).

(2) «المغني» (10/ 175، 277)، و«الشرح الكبير» (11/ 363)، و«المبدع» (10/ 97)، و«الإنصاف» (11/ 308، 310).

(3) رواه الإمام أَحمد في «مسنده» (15462)، وأبو داود (3534)، واختَلفَ أهلُ العلمِ في تَصحيحِه وتَضعيفِه.



باعَني بها بَيعًا، فأرَدتُ أنْ أجحَدَه لمَكانِ حَقِّي الذي كانَ جحَدَني ويَستوفيها من حَقِّي الذي لي عليه؟ (قالَ): سُئِلَ مالِكٌ عنها غيرَ مَرةٍ فقالَ: لا يَجحَدُه. (قالَ): فقُلتُ: لِمَ قالَ ذلك مالِكٌ؟ (قالَ) ظَنَنتُ أنَّه قالَه للحَديثِ الذي جاءَ: «أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنَك ولا تَخُنْ مَن خانَكَ»[1].

وقالَ ابنُ بَطَّالٍ: اختَلفَ العُلماءُ في الذي يَجحَدُ وَديعةَ غيرِه، ثم يَجِدُ المُودِعُ له مالًا، هل يأخُذُه عِوضًا من حَقِّه أو لا؟

اختَلفَ قَولُ مالِكٍ في ذلك، فرَوىٰ ابنُ القاسِمِ عن مالِكٍ أنَّه لا يَفعلُ، واحتجَّ بما رُويَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنَك، ولا تَخُنْ مَن خانَكَ**»[2].

وأمَّا الحَنابِلةُ فقالَ منهم ابنُ قُدامةَ: مَسألةٌ: قالَ: (ومَن كانَ له علىٰ أحَدٍ حَقٌّ فمنَعَه منه وقدِرَ له علىٰ مالٍ لم يأخُذْ منه مِقدارَ حَقِّه؛ لمَا رُويَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنَك ولا تَخُنْ مَن خانَكَ**» رَواه التِّرمذيُّ[3].

وجُملتُه أنَّه إذا كانَ لرَجلٍ علىٰ غيرِه حَقٌّ وهو مُقِرٌّ به باذِلٌ له لم يَكُنْ له أنْ يأخُذَ من مالِه إلا ما يُعطيه بلا خِلافٍ بينَ أهلِ العِلمِ، فإنْ أخَذَ من مالِه شَيئًا بغيرِ إذنِه لزِمَه رَدُّه إليه، وإنْ كانَ قَدرَ حَقِّه؛ لأنَّه لا يَجوزُ أنْ يَملكَ عليه

(1) «المدونة الكبرىٰ» (15/ 160).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 584).

(3) تقدم.



عَينًا من أَعيانِ مالِه بغيرِ اختيارِه لغيرِ ضَرورةٍ، وإنْ كانَت مِن جِنسِ حَقِّه؛ لأنَّه قد يَكونُ للإنسانِ غَرضٌ في العَينِ، فإنْ أتلَفَها أو تلِفَت فصارَت دَينًا في ذِمتِه وكانَ الثابتُ في ذِمتِه من جِنسِ حَقِّه تَقاصَّا في قياسِ المَذهبِ وفي المَشهورِ من مَذهبِ الشافِعيِّ، وإنْ كانَ مانِعًا له لأمرٍ يُبيحُ المَنعَ كالتأجيلِ والإعسارِ لم يَجزْ أخذُ شَيءٍ من مالِه بغيرِ خِلافٍ، وإنْ أخَذَ شَيئًا لزِمَه رَدُّه إنْ كانَ باقيًا أو عِوضَه إنْ كانَ تالِفًا، ولا يَحصُلُ التَّقاصُّ ههنا؛ لأنَّ الدَّينَ الذي له لا يَستحِقُّ أخْذَه في الحالِ بخِلافِ التي قبلَها.

وإنْ كانَ مانِعًا له بغيرِ حَقٍّ وقدِرَ علىٰ استِخلاصِه بالحاكِمِ أو السُّلطانِ لم يَجزْ له الأخذُ أيضًا بغيرِه؛ لأنَّه قدِرَ علىٰ استيفاءِ حَقِّه بمَن يَقومُ مَقامَه فأشبَهَ ما لو قدِرَ علىٰ استيفائِه من وَكيلِه.

وإنْ لم يَقدِرْ علىٰ ذلك لكَونِه جاحِدًا له ولا بَيِّنةَ له به أو لكَونِه لا يُجيبُه إلىٰ المُحاكَمةِ ولا يُمكنُه إجبارُه علىٰ ذلك أو لنَحوِ هذا فالمَشهورُ في المَذهبِ أنَّه ليسَ له أخْذُ قَدرِ حَقِّه، وهو إِحدىٰ الرِّوايتَينِ عن مالِكٍ، قالَ ابنُ عَقيلٍ: جعَلَ أَصحابُنا المُحدِّثونَ لجَوازِ الأخْذِ وَجهًا في المَذهبِ أخْذًا من حَديثِ هِندَ حينَ قالَ لها النَّبيُّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**خُذي ما يَكفيكِ ووَلدَك بالمَعروفِ**»، وقالَ أَبو الخَطابِ: ويَتخرَّجُ لنا جَوازُ الأخْذِ.

فإنْ كانَ المَقدورُ عليه من جِنسِ حَقِّه أُخذَ بقَدرِه، وإنْ كانَ من غيرِ جِنسِه تَحرَّىٰ واجتهَدَ في تَقويمِه، مَأخوذٌ من حَديثِ هِندَ ومِن قَولِ أَحمدَ في

المُرتهَنِ يُركَبُ ويُحلَبُ بقَدرِ ما يُنفَقُ، والمَرأةُ تأخُذُ مُؤنتَها، وبائِعُ السِّلعةِ يأخُذُها من مالِ المُفلِسِ بغيرِ رِضًا.

وقالَ الشافِعيُّ: إنْ لم يَقدِرْ علىٰ استِخلاصِ حَقِّه بعَينِه فله أخذُ قَدرِ حَقِّه من جِنسِه أو من غيرِ جِنسِه، وإنْ كانَت له بَيِّنةٌ وقدِرَ علىٰ استِخلاصِه ففيه وَجهانِ، والمَشهورُ من مَذهبِ مالِكٍ أنَّه إنْ لم يَكُنْ لغيرِه عليه دَينٌ فله أنْ يأخُذَ بقَدرِ حَقِّه، وإنْ كانَ عليه دَينٌ لم يَجُزْ؛ لأنَّهما يَتحاصَّانِ في مالِه إذا أفلَسَ.

وقالَ أبو حَنيفةَ: له أنْ يأخُذَ بقَدرِ حَقِّه إنْ كانَ عَينًا أو وَرِقًا أو من جِنسِ حَقِّه، وإنْ كانَ المالُ عَرضًا لم يَجُزْ؛ لأنَّ أخذَ العَرضِ عن حَقِّه اعتِياضٌ، ولا تَجوزُ المُعاوَضةُ إلا برِضًا من المُتعاوِضَينِ، قالَ اللهُ تَعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ﴾ [النِّسَاء: 29].

واحتَجَّ من أجازَ الأخذَ بحَديثِ هِندَ حينَ جاءَت إلىٰ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالَت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ أبا سُفيانَ رَجلٌ شَحيحٌ وليسَ يُعطيني من النَّفقةِ ما يَكفيني ووَلدي، فقالَ: «**خُذي ما يَكفيكِ ووَلَدَك بالمَعروفِ**» مُتَّفقٌ عليه، وإذا جازَ لها أنْ تأخُذَ من مالِه ما يَكفيها بغيرِ إذنِه جازَ للرَّجلِ الذي له الحَقُّ علىٰ الرَّجلِ.

ولنا: قولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**أَدِّ الأمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنك ولا تَخُنْ مَن خانَك**» رَواه التِّرمذيُّ وقالَ: حَديثٌ حَسنٌ، ومَتىٰ أخَذَ منه قَدرَ حَقِّه من مالِه بغيرِ عِلمِه فقد خانَه، فيَدخلُ في عُمومِ الخَبرِ، وقالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ**



مالُ امرِئٍ مُسلمٍ إلا عن طِيبِ نَفسٍ منه»، ولأنَّه إنْ أخَذَ من غيرِ جِنسِ حَقِّه كانَ مُعاوَضةً بغيرِ تَراضٍ، وإنْ أخَذَ من جِنسِ حَقِّه فليسَ له تَعيينُ الحَقِّ بغيرِ رِضا صاحِبِه، فإنَّ التَّعيينَ إليه، ألَا تَرىٰ أنَّه لا يَجوزُ له أنْ يَقولَ: «اقضِني حَقِّي من هذا الكِيسِ دُونَ هذا»؟ ولأنَّ كلَّ ما لا يَجوزُ له تَملُّكُه إذا لم يَكُنْ له دَينٌ لا يَجوزُ له أخْذُه إذا كانَ له دَينٌ، كما لو كانَ باذِلًا له.

وأمَّا حَديثُ هِندَ، فإنَّ أحمدَ اعتذَرَ عنه بأنَّ حَقَّها واجِبٌ عليه في كلِّ وَقتٍ، وهذا إشارةٌ منه إلىٰ الفَرقِ بالمَشقةِ في المُحاكمةِ في كلِّ وَقتٍ، والمُخاصَمةُ في كلِّ يَومٍ تَجبُ فيه النَّفقةُ بخِلافِ الدَّينِ.

وفرَّقَ أبو بَكرٍ بينَهما بفَرقٍ آخَرَ، وهو أنَّ قيامَ الزَّوجيةِ كقيامِ البَيِّنةِ، فكأنَّ الحَقَّ صارَ مَعلومًا يُعلَمُ قيامُ مُقتَضيه، وبينَهما فَرقانِ آخَرانِ:

أَحدُهما: أنَّ للمَرأةِ من التَّبسُّطِ في مالِه بحُكمِ العادةِ ما يُؤثِّرُ في إباحةِ أخْذِ الحَقِّ وبَذلِ اليَدِ فيه بالمَعروفِ، بخِلافِ الأجنَبيِّ.

الثاني: أنَّ النَّفقةَ تُرادُ لإحياءِ النَّفسِ وإبقاءِ المُهجةِ، وهذا ممَّا لا يُصبَرُ عنه ولا سَبيلَ إلىٰ تَركِه، فجازَ أخْذُ ما تَندفِعُ به هذه الحاجةُ بخِلافِ الدَّينِ، حتىٰ نَقولَ: لو صارَت النَّفقةُ ماضيةً لم يَكُنْ لها أخْذُها، ولو وجَبَ لها عليه دَينٌ آخَرُ لم يَكُنْ لها أخْذُه.

فعلىٰ هذا إنْ أخَذَ شَيئًا لزِمَه رَدُّه إنْ كانَ باقيًا، وإنْ كانَ تالِفًا وجَبَ مِثلُه إنْ كانَ مِثليًّا أو قيمَتُه إنْ كانَ مُتقوَّمًا، فإنْ كانَ من جِنسِ دَينِه تَقاصَّا وتَساقَطا في قياسِ المَذهبِ، وإنْ كانَ من غيرِ جِنسِه لزِمَه غُرمُه، ومَن جوَّزَ من

أَصحابِنا الأخذَ فإنَّه قالَ: إنْ وجَدَ من جنسِ حَقِّه جازَ له الأخْذُ منه بقَدرِ حقِّه من غيرِ زيادةٍ، وليسَ له الأخذُ من غيرِ جِنسِ حَقِّه مع قُدرتِه علىٰ أخذِه من جِنسِه، وإنْ لم يَجِدْ إلا من غيرِ جِنسِ حَقِّه فيَحتملُ ألَّا يَجوزَ له تَملُّكُه؛ لأنَّه لا يَجوزُ أنْ يَبيعَه من نَفسِه، وهذا يَبيعُه من نَفسِه وتَلحَقُه فيه تُهمةٌ، ويَحتملُ أنْ يَجوزَ له ذلك، كما قالوا: الرَّهنُ يُنفَقُ عليه إذا كانَ مَركوبًا أو مَحلوبًا يُركَبُ ويُحلَبُ بقَدرِ النَّفقةِ، وهي من غيرِ الجِنسِ، واختَلفَ أَصحابُ الشافِعيِّ، فمنهم مَن جوَّزَ له هذا ومنهم مَن قالَ: يُواطِئُ رَجلًا يَدَّعي عليه عندَ الحاكِمِ دَينًا فيُقِرُّ له بمِلكِ الشَّيءِ الذي أخَذَه، فيَمتنِعُ مَن عليه الدَّعوىٰ من قَضاءِ الدَّينِ، ليَبيعَ الحاكِمُ الشَّيءَ المَأخوذَ ويَدفعَه إليه[1].

القَولُ الثالِثُ: يَجوزُ للإنسانِ إذا ظَفِرَ بجِنسِ حقِّه أنْ يأخُذَه، وإنْ كانَ من غيرِ جِنسِه فلا يَجوزُ له أخْذُه، **وهو مَذهبُ الحَنفيةِ المُتقدِّمينَ** إلا إذا كانَ حقُّه دَراهمَ فأخَذَ دَنانيرَ أو خِلافَ ذلك فيَجوزُ اتِّفاقًا.

نَصَّ الحَنفيةُ علىٰ أنَّ الإنسانَ إذا كانَ له حَقٌّ عندَ غيرِه وظفِرَ بجِنسِ حَقِّه جازَ له أنْ يأخُذَه، وإنْ ظفِرَ بغيرِ جِنسِ حَقِّه كمَن له دَنانيرُ فوجَدَ عُروضًا له لا يَجوزُ له أخْذُها، أمَّا إنْ كانَ حَقُّه دَراهمَ فأخَذَ دَنانيرَ، أو كانَ دَنانيرَ فأخَذَ دَراهمَ جازَ له قياسًا عندَ **أبي يُوسفَ ومُحمدٍ**، واستِحسانًا عندَ **أبي حَنيفةَ**، وَجهُ الاستِحسانِ اتِّحادُهما في الثَّمنيَّةِ، ولهذا يُضمَّ أَحدُهما إلىٰ

(1) «المغني» (10/ 175، 277)، و«الكافي» (4/ 510، 511)، و«الإنصاف» (11/ 308، 312).



الآخَرِ في الزَّكاةِ مع أنَّهما مُختلِفانِ في الصُّورةِ حَقيقةً وهو ظاهِرٌ، وحُكمًا لأنَّه لا يَجري بينَهما رِبا الفَضلِ.

وهذا بخِلافِ العُروضِ؛ لأنَّ الأَغراضَ تَتعلَّقُ بصُورِها وأَعيانِها[1].

قالَ الإمامُ السَّرخَسيُّ: وإذا جحَدَ المُستودَعُ ما عندَه من الوَديعةِ ثم أودَعَ من مالِه عندَ المُودِعِ مِثلَ ذلك وسِعَه إمساكُه قِصاصًا بما ذهَبَ به من وَديعتِه؛ لأنَّ المالَ صارَ دَينًا له علىٰ المُستودَعِ بجُحودِه، وصاحِبُ الحَقِّ متىٰ ظفِرَ بجِنسِ حَقِّه من مالِ المَدينِ يَكونُ له أنْ يأخُذَه، والأصلُ فيه قَولُ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهِندَ: «**خُذي من مالِ أَبي سُفيانَ ما يَكفيك ووَلدَك بالمَعروفِ**».

(وقيلَ) في تأويلِ قَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لصاحِبِ الحَقِّ اليَدُ واللِّسانُ: المُرادُ أخْذُ جِنسِ حَقِّه إذا ظفِرَ به، وكذلك إنْ كانَ المالُ دَينًا عليه وأنكَرَه ثم أودَعَه مِثلَه.

فأمَّا إذا أودَعَه شَيئًا من غيرِ جِنسِ حَقِّه لم يَسَعْه إمساكُه عنه؛ لأنَّ هذا بَيعٌ عندَ اختِلافِ الجِنسِ، فلا يَنفرِدُ هو به، والأولُ استيفاءٌ، وصاحِبُ الحَقِّ يَنفرِدُ بالاستيفاءِ، وحُكيَ عن ابنِ أَبي لَيلَىٰ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّسويةُ بينَهما للمُجانَسةِ من حيثُ الماليةُ، ولكنَّه بَعيدٌ، فالوَديعةُ عَينٌ لا يَكونُ له أنْ يَحبسَها باعتبارِ

(1) **يُنظَر:** «المبسوط» (11/ 128، 129)، و«بدائع الصنائع» (7/ 71، 72)، و«تبيين الحقائق» (5/ 199، 200)، و«مجمع الضمانات» (2/ 393)، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 150، 151).

صِفةِ الماليةِ إذا لم يَثبُتْ له حَقُّ تَملُّكِ العَينِ، ولا يَدخلُ عليه المَرهونُ؛ لأنَّ المُرتهَنَ هناك يَحبِسُ المَرهونَ بإيجابِ الراهِنِ مِلكَ اليَدِ له في العَينِ، وإنْ كانَ عندَ الهَلاكِ يَصيرُ مُستوفيًا دَينَه باعتِبارِ الماليةِ.

ثم عندَ المُجانَسةِ إذا طلَبَ الثاني يَمينَ المُودَعِ الأولِ كانَ له أنْ يَحلفَ باللهِ: «لا يَلزَمُني تَسليمُ شَيءٍ إليك».

فإنْ قالَ للقاضي: «حَلِّفْه باللهِ: ما استَودَعتُه كذا»، فله ذلك، إلا أنْ يُؤديَ المُدَّعىٰ عليه فيَقولَ: قد يُودِعُ الرَّجلُ غيرَه شَيئًا ثم لا يَلزمُه تَسليمُ شَيءٍ إليه، فإنْ أدَّىٰ بهذه الصِّفةِ، فقد طلَبَ من القاضي أنْ يَنظُرَ له فيُجيبَه إلىٰ ذلك.

فأمَّا إذا لم يَذكُرْ هذا فإنَّ القاضِيَ يُحلِّفُه كما طلَبَ الخَصمُ: «باللهِ ما أودَعَه ما يَدَّعي»، ثم لا يَنبَغي له أنْ يَحلِفَ علىٰ ذلك؛ لأنَّه يَكونُ كاذِبًا في يَمينِه، ولا رُخصةَ في اليَمينِ الكاذِبةِ، فطَريقُ التَّخلُّصِ له أنْ يُعرِّضَ للقاضي بما ذَكَرنا، أو يَحلِفَ: «ما استَودَعتَني شَيئًا إلا كذا وكذا»، فيَستَثني ذلك بكَلامِه ويُخفيَه من خَصمِه ومن القاضِي، ويَسعُه ذلك لأنَّه مَظلومٌ دافِعٌ للضَّررِ عن نَفسِه غيرُ قاصِدٍ إلىٰ الإضرارِ بغيرِه، إلا أنَّ مُجردَ نيَّتِه لا تَكفي لذلك؛ لأنَّه يَحتاجُ إلىٰ إخراجِه من جُملةِ ما يَتناوَلُه كَلامُه لولا الاستِثناءُ، وذلك يَحصلُ بالنِّيةِ؛ لأنَّ الاستِثناءَ بيانُ أنَّ كَلامَه عِبارةٌ عمَّا وَراءَ المُستَثنىٰ، فلا يَحصُلُ ذلك إلا بما يَصلُحُ أنْ يَكونَ ناسِخًا أو مُعارِضًا، ومُجردُ النِّيةِ لا تَصلحُ لذلك، فلهذا شُرِطَ التَّكلمُ بالاستِثناءِ.





وَجهُ ذلك ما لو قرَّبَ إنسانٌ أُذُنَه من فَمِه سمِعَ ذلك وفهِمَه[1].

وقالَ ابنُ عابدِين أيضًا: قولُه: (يَعني بلا أمْرِه)؛ لأنَّ للدائِنِ أنْ يأخُذَ بيَدِه إذا ظفِرَ بجِنسِ حَقِّه بغيرِ رِضا المَدينِ، فكانَ للقاضي أنْ يُعيِّنَه «زَيلَعي».

قَولُه: (وكذا لو كانَ) أي: كلٌّ مِن مالِه ودَينِه، وفي نُسخٍ «كانا» بضَميرِ التَّثنيةِ.

قَولُه: (استِحسانًا)، والقياسُ ألَّا يَجوزَ؛ لأنَّ هذا الطَّريقَ غيرُ مُتعيِّنٍ لقَضاءِ الدَّينِ فصارَ كالعُروضِ.

قَولُه: (لاتِّحادِهما في الثَّمنيةِ) بَيانٌ لوَجهِ الاستِحسانِ، ولهذا يُضمُّ أَحدُهما إلىٰ الآخَرِ في الزَّكاةِ مع أنَّهما مُختلِفانِ في الصُّورةِ حَقيقةً وهو ظاهِرٌ، وحُكمًا لأنَّه لا يَجري بينَهما رِبا الفَضلِ، فبالنَّظرِ للاتِّحادِ يَثبُتُ للقاضي وِلايةُ التَّصرفِ، وبالنَّظرِ للاختِلافِ يُسلبُ عن الدائِنِ وِلايةُ الأخْذِ عَملًا بالشَّبَهَينِ بخِلافِ العُروضِ؛ لأنَّ الأَغراضَ تَتعلَّقُ بصُورِها وأَعيانِها.

أَقولُ: ورأيتُ في الحَظرِ والإباحةِ من «المُجتَبىٰ» رامِزًا ما نَصُّه: وجَدَ دَنانيرَ مَدينِه وله عليه دِرهمٌ، له أنْ يأخُذَه لاتِّحادِهما جِنسًا في الثَّمنيةِ. اهـ.

---

(1) «المبسوط» (11/ 128، 129)، و«بدائع الصنائع» (7/ 71، 72)، و«تبيين الحقائق» (5/ 199، 200)، و«مجمع الضمانات» (2/ 393)، و«حاشية ابن عابدين» (6/ 150، 151).

ومِثلُه في «شَرح تَلخيصِ الجامعِ الكَبير للفارِسي» في بابِ اليَمينِ في المُساومةِ: تَنبيهٌ: قالَ الحَمَويُّ في شَرحِ «الكَنز» نَقلًا عن العَلَّامةِ المَقدِسيِّ عن جَدِّه الأشقَرِ عن «شَرح القُدوري» للأخصَبِ: إنَّ عَدمَ جَوازِ الأخْذِ من خِلافِ الجِنسِ كانَ في زَمانِهم؛ لمُطاوَعتِهم في الحُقوقِ، والفَتوىٰ اليَومَ علىٰ جَوازِ الأخْذِ عندَ القُدرةِ من أيِّ مالٍ كانَ، لا سيَّما في دِيارِنا؛ لمُداوَمتِهم العُقوقَ.

قالَ الشاعِرُ:

عَفاءٌ علىٰ هذا الزَّمانِ فإنَّه ... زَمانُ عُقوقٍ لا زَمانُ حُقوقِ

وكلُّ رَفيقٍ فيه غيرُ مُرافِقٍ ... وكلُّ صَديقٍ فيه غيرُ صَدوقِ[1]

القَولُ الرابعُ: جَوازُ الأخْذِ ولو قدِرَ علىٰ أخْذِه بالحاكِمِ في الحَقِّ الثابِتِ بإقرارٍ أو بَيِّنةٍ أو كانَ سَببُ الحَقِّ ظاهِرًا، وإلا فلا يَجوزُ، **وهو اختيارُ شَيخِ الإسلامِ ابنِ تَيميةَ وتِلميذِه ابنِ القَيِّمِ**[2].

قالَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومَن كانَ له عندَ إنسانٍ حَقٌّ ومنَعَه إياه جازَ له الأخْذُ من مالِه بغيرِ إذنِه إذا كانَ سَببُ الحَقِّ ظاهِرًا لا يَحتاجُ إلىٰ إثباتٍ، مِثلَ استِحقاقِ المَرأةِ النَّفقةَ علىٰ زَوجِها، واستِحقاقِ الأقاربِ النَّفقةَ علىٰ أقاربِهم، واستِحقاقِ الضَّيفِ الضِّيافةَ علىٰ مَن نزَلَ به،

(1) «حاشية ابن عابدين» (6/ 150، 151).

(2) «الفتاوىٰ الكبرىٰ» (4/ 365)، و«إغاثة اللهفان» (2/ 77)، و«الإنصاف» (11/ 311).



وإنْ كانَ سَببُ الحَقِّ خَفيًّا يَحتاجُ إلىٰ إثباتٍ لم يَجُزْ، وهذه الطَّريقةُ المَنصوصُ عليها عن الإمامِ أَحمدَ، وهو أعدَلُ الأَقوالِ(1).

وسُئلَ شَيخُ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عن الرَّجلِ يَكونُ له علىٰ الرَّجلِ دَينٌ فيَجحَدُه أو يَغصِبُه شَيئًا ثم يُصيبُ له مالًا من جِنسِ مالِه، فهل له أنْ يأخُذَ منه مِقدارَ حَقِّه؟

فأَجابَ:

وأمَّا إذا كانَ لرَجلٍ عندَ غيرِه حَقٌّ من عَينٍ أو دَينٍ فهل يأخُذُه أو نَظيرَه بغيرِ إذنِه؟ هذانِ نَوعانِ: أَحدُهما: أنْ يَكونَ سَببُ الاستِحقاقِ ظاهِرًا لا يَحتاجُ إلىٰ إثباتٍ، مِثلَ استِحقاقِ المَرأةِ النَّفقةَ علىٰ زَوجِها واستِحقاقِ الوَلدِ أنْ يُنفقَ عليه والِدُه واستِحقاقِ الضَّيفِ الضِّيافةَ علىٰ مَن نزَلَ به، فهنا له أنْ يأخُذَ بدونِ إذنِ مَن عليه الحَقُّ بلا رَيبٍ، كما ثبَتَ في الصَّحيحَينِ «أنَّ هِندَ بِنتَ عُتبةَ بنِ رَبيعةَ قالَت: يا رَسولَ اللهِ: إنَّ أَبا سُفيانَ رَجلٌ شَحيحٌ، وإنَّه لا يُعطيني منَ النَّفقةِ ما يَكفيني وبَنِيَّ. فقالَ: خُذي ما يَكفيك ووَلدَك بالمَعروفِ»، فأذِنَ لها أنْ تأخُذَ نَفقتَها بالمَعروفِ بدونِ إذنِ وَليِّه.

وهكذا مَن علِمَ أنَّه غصَبَ منه مالَه غَصبًا ظاهِرًا يَعرِفُه النَّاسُ، فأخَذَ المَغصوبَ أو نَظيرَه من مالِ الغاصِبِ، وكذلك لو كانَ له دَينٌ عندَ الحاكِمِ وهو يُماطِلُه فأخَذَ من مالِه بقَدرِه، ونَحوُ ذلك.

---

(1) «الفتاوىٰ الكبرىٰ» (4/ 365).

والثاني: ألَّا يَكونَ سَببُ الاستِحقاقِ ظاهِرًا، مِثلَ أنْ يَكونَ قد جحَدَ دَينَه أو جحَدَ الغَصبَ ولا بَيِّنةَ للمُدَّعي، فهذا فيه قَولانِ: **أَحدُهما**: ليس له أنْ يأخُذَ، وهو مَذهبُ مالِكٍ وأحمدَ.

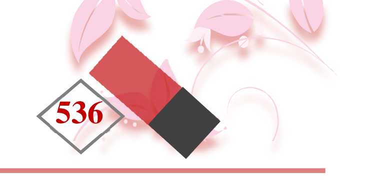
والثاني: له أنْ يأخُذَ، وهو مَذهبُ الشافِعيِّ، وأمَّا أَبو حَنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعالىٰ فيُسوِّغُ الأخْذَ من جِنسِ الحَقِّ؛ لأنَّه استِيفاءٌ، ولا يَسوغُ الأخْذُ من غيرِ الجِنسِ؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ، فلا يَجوزُ إلا برِضا الغَريمِ.

والمُجوِّزونَ يَقولونَ: إذا امتنَعَ من أَداءِ الواجِبِ عليه ثبَتَت المُعاوَضةُ بدونِ إذنِه للحاجةِ، لكنْ مَن منَعَ الأخْذَ مع عَدمِ ظُهورِ الحَقِّ استدَلَّ بما في السُّننِ عن أَبي هُرَيرةَ عن النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنَك ولا تَخُنْ مَن خانَك**».

وفي المُسندِ عن بَشيرِ بنِ الخَصاصيةِ أنَّه قالَ: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ لنا جِيرانًا لا يَدَعون لنا شاذَّةً ولا فاذَّةً إلا أخَذوها، فإذا قدِرْنا لهم علىٰ شَيءٍ أنأخُذُه؟ قالَ: «**لا، أَدِّ الأَمانةَ إلىٰ مَن ائتَمَنك ولا تَخُنْ مَن خانَك**».

وفي السُّننِ عن النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قيلَ له: إنَّ أهلَ الصَّدقةِ يَعتَدون علينا، أفنكتُمُ من أَموالِنا بقَدرِ ما يَعتَدونَ علينا؟ قالَ: «**لا**»، رَواه أَبو داودَ وغيرُه، فهذه الأَحاديثُ تُبيِّنُ أنَّ حَقَّ المَظلومِ في الأمرِ نَفسِه إذا كانَ سَببُه ليس ظاهِرًا وأخَذَه خِيانةً لم يَكُنْ له ذلك، وإنْ كانَ هو يَقصِدُ أخْذَ نَظيرِ حَقِّه، لكنَّه خانَ الذي ائتَمَنه، فإنَّه لمَّا سلَّمَ إليه مالَه فأخَذَ بعضَه بغيرِ إذنِه والاستِحقاقُ ليس ظاهِرًا كانَ خائِنًا، وإذا قالَ: أنا مُستحِقٌّ لمَا أخَذتُه في





الأمرِ نَفسِه لم يَكُنْ ما ادَّعاه ظاهِرًا مَعلومًا، وصارَ كما لو تزوَّجَ امرأةً فأنكَرَت نِكاحَه ولا بَيِّنةَ له، فإذا قهَرَها علىٰ الوَطءِ من غيرِ حُجةٍ ظاهِرةٍ فإنَّه ليس له ذلك، ولو قُدِّرَ أنَّ الحاكِمَ حكَمَ علىٰ رَجلٍ بطَلاقِ امرأتِه ببَيِّنةٍ اعتقَدَ صِدقَها وكانَت كاذِبةً في الباطِنِ لم يَكُنْ له أنْ يَطأَها؛ لمَا هو الأمرُ عليه في الباطِنِ.

فإنْ قيلَ: لا رَيبَ أنَّ هذا يَمنعُ منه ظاهِرًا وليس له أنْ يُظهرَ ذلك قُدامَ الناسِ؛ لأنَّهم مَأمورونَ بإنكارِ ذلك؛ لأنَّه حَرامٌ في الظاهِرِ، لكنَّ الشأنَ إذا كانَ يَعلمُ سِرًّا فيما بينَه وبينَ اللهِ، قيلَ: فِعلُ ذلك سِرًّا يَقتَضي مَفاسِدَ كَثيرةً مَنهيٌّ عنها، فإنْ فعَلَ ذلك في مَظنَّةِ الظُّهورِ والشُّهرةِ وفيه ألَّا يَتشبَّهَ به مَن ليسَ حالُه كحالِه في الباطِنِ، فقد يَظنُّ الإنسانُ خَفاءَ ذلك فيَظهرُ مَفاسِدُ كَثيرةٌ، ويَفتحُ أيضًا بابَ التأويلِ، وصارَ هذا كالمَظلومِ الذي لا يُمكنُه الانتِصارُ إلا بالظُّلمِ، كالمُقتَصِّ الذي لا يُمكِنُه الاقتِصاصُ إلا بعُدوانٍ، فإنَّه لا يَجوزُ له الاقتِصاصُ، وذلك أنَّ الخيانةَ نَفسَها مُحرمةُ الجِنسِ، فلا يَجوزُ استيفاءُ الحَقِّ بها؛ كما لو جرَّعَه خَمرًا أو تلَوَّط به أو شهِدَ عليه بالزُّورِ لم يَكُنْ له أنْ يَفعلَ ذلك، فإنَّ هذا مُحرَّمُ الجِنسِ، والخِيانةُ من جِنسِ الكَذبِ.

فإنْ قيلَ: هذا ليسَ بخيانةٍ بل هو استيفاءُ حَقٍّ، والنَّبيُّ ﷺ نَهىٰ عن خِيانةِ مَن خانَ، وهو أنْ يأخُذَ من مالِه مالًا يَستحِقُّ نَظيرَه.

قيلَ: هذا ضَعيفٌ لوُجوهٍ:

أحدُها: أنَّ الحَديثَ فيه «أنَّ قومًا لا يَدَعون لنا شاذَّةً ولا فاذَّةً إلا



أخذوها، أفنأخُذُ من أموالِهم بقدرِ ما يَأخُذونَ؟ فقالَ: لا، أَدِّ الأمانةَ إلىٰ مَن ائتمَنك، ولا تَخُنْ مَن خانَك»، وكذلك قولُه في حديثِ الزَّكاةِ: «أفنَكتُم من أموالِنا بقدرِ ما يأخُذونَ منا؟ فقالَ: لا».

الثاني: أنَّه قالَ: «ولا تَخُنْ مَن خانَك»، ولو أرادَ بالخِيانةِ الأخذَ علىٰ طَريقِ المُقابَلةِ لم يَكُنْ فَرقٌ بينَ مَن خانَه ومَن لم يَخُنْه، وتَحريمُ مِثلِ هذا ظاهِرٌ لا يَحتاجُ إلىٰ بيانٍ وسُؤالٍ، وقد قالَ: «ولا تَخُنْ مَن خانَك»، فعُلِمَ أنَّه أرادَ أنَّك لا تُقابِلُه علىٰ خيانَتِه فتَفعَلُ به مِثلَ ما فعَلَ بك، فإذا أودَعَ الرَّجلَ مالًا فخانَه في بعضِه ثم أودَعَ الأولُ نَظيرَه ففعَلَ به مِثلَ ما فعَلَ فهذا هو المُرادُ بقَولِه: «**ولا تَخُنْ مَن خانَك**».

الثالِثُ: أنَّ كَونَ هذا خِيانةً لا رَيبَ فيه، وإنَّما الشأنُ في جَوازِه علىٰ وَجهِ القِصاصِ؛ فإنَّ الأُمورَ منها ما يُباحُ فيه القِصاصُ كالقتلِ وقطعِ الطريقِ وأخذِ المالِ، ومنها ما لا يُباحُ فيه القِصاصُ كالفَواحشِ والكَذبِ ونَحوِ ذلك، قالَ تَعالىٰ في الأولِ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾ [الشورى: 40]، وقالَ: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾ [النحل: 126]، وقالَ: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: 194]، فأَباحَ العُقوبةَ والاعتِداءَ بالمِثلِ، فلمَّا قالَ ههنا: «ولا تَخُنْ مَن خانَك» عُلِمَ أنَّ هذا ممَّا لا يُباحُ فيه العُقوبةُ بالمِثلِ[1].

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 371، 375).



وقالَ ابنُ القَـيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدَ أنْ ذكَرَ هذه الأقوالَ التي حَكاها شَيخُ الإِسلامِ ابنُ تَيميةَ: والخامِسُ: أنَّه إنْ كانَ سَببُ الحَقِّ ظاهِرًا كالنِّكاحِ والقَرابةِ وحَقِّ الضَّيفِ جازَ للمُستحِقِّ الأخْذُ بقَدرِ حَقِّه، كما أذِنَ فيه النَّبيُّ لهِندَ أنْ تأخُذَ من مالِ أَبي سُفيانَ ما يَكفيها ويَكفي بَنِيها، وكما أذِنَ لمَن نزَلَ بقَومٍ ولم يُضيِّفوه أنْ يُعقِبَهم في مالِهم بمِثلِ قِراه، كما في الصَّحيحَينِ عن عُقبةَ بنِ عامرٍ قالَ: قُلتُ للنَّبيِّ: إنَّك تَبعثُنا فنَنزلُ بقَومٍ لا يَقرونَنا، فما تَرىٰ؟ فقالَ لنا: «**إنْ نَزَلتُم بقَومٍ فأمَروا لكم بما يَنبَغي للضَّيفِ فاقبَلوا، وإنْ لم يَفعَلوا فخُذوا منهم حَقَّ الضَّيفِ الذي يَنبَغي لهم**»، وفي المُسنَدِ من حَديثِ المِقدامِ أَبي كَريمةَ أنَّه سمِعَ النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**مَن نزَلَ بقَومٍ فعليهم أنْ يَقروه، فإنْ لم يَقروه فله أنْ يُعقِبَهم بمِثلِ قِراه**».

وفي المُسنَدِ لأَحمدَ أيضًا من حَديثِ أَبي هُرَيرةَ رَضيَ اللهُ تَعالىٰ عنه قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**أيُّما ضَيفٍ نزَلَ بقَومٍ فأصبَحَ الضَّيفُ مَحرومًا فله أنْ يأخُذَ بقَدرِ قِراه ولا حَرَجَ عليه**».

وإنْ كانَ سَببُ الحَقِّ خَفيًّا بحيث يُتَّهمُ بالأخْذِ ويُنسَبُ إلىٰ الخِيانةِ ظاهِرًا لم يَكُنْ له الأخْذُ وتَعريضُ نَفسِه للتُّهمةِ والخِيانةِ، وإنْ كانَ في الباطِنِ آخِذًا حَقَّه، كما أنَّه ليسَ له أنْ يَتعرَّضَ للتُّهمةِ التي تُسلِّطُ الناسَ علىٰ عِرضِه، وإنِ ادَّعىٰ أنَّه مُحقٌّ غيرُ مُتَّهمٍ، **وهذا القَولُ أصَحُّ الأقوالِ وأسَدُّها وأوفَقُها لقَواعِدِ الشَّريعةِ وأُصولِها**، وبه تَجتمِعُ الأَحاديثُ[1].

(1) «إغاثة اللهفان» (2/ 75، 79).

القَولُ الخـامِسُ: لا يَجوزُ إذا لم يَكُنْ عليه دَينٌ، فإنْ كانَ لم يأخُذْ إلا حِصتَه، **وهو قَولٌ للمالِكيةِ.**

قالَ الإمامُ القَرافِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: في «الجَواهر» من كِتابِ الوَديعةِ: إذا ظَفِرَ صاحِبُ الدَّينِ بجِنسِ حَقِّه وقد تعذَّرَ عليه أخْذُ حَقِّه مِثلَ أنْ يَجحدَه وَديعَتَه ثم يُودِعَ عندَه، فهل له جَحدُ هذه الوَديعةِ في الأُولىٰ؟ خَمسةُ أَقوالٍ: رَوىٰ ابنُ القاسِمِ في الكِتابِ المَنعَ، والكَراهةُ رَواها أشهَبُ، وقالَ ابنُ عبدِ الحَكمِ: واستحَبَّه عبدُ المَلكِ تَخليصًا للظالِمِ من الظالِمِ.

والخامِسُ أنَّ هذا كلَّه إذا لم يَكُنْ عليه دَينٌ، فإنْ كانَ لم يأخُذْ إلا حِصَّتَه [1].





(1) «الذخيرة» (8/ 213).



فَصْلٌ فِي
اختِلافِ الغاصِبِ والمَغصوبِ منه

الغاصِبُ والمالِكُ قد يَتَّفِقانِ علىٰ الغَصبِ، إلا أنَّهما قد يَختلِفانِ في قيمةِ المَغصوبِ أو في قَدرِه أو صِفتِه أو رَدِّه أو تَلفِه أو غيرِ ذلك، فهل القَولُ قَولُ الغاصِبِ فيما يَدَّعيه أو قَولُ المالِكِ؟

أولاً: الاختِلافُ في قيمةِ المَغصوبِ:

إذا اتَّفقَ الغاصِبُ والمَغصوبُ منه علىٰ الغَصبِ ثم اختَلَفا في قيمةِ المَغصوبِ بأنْ قالَ الغاصِبُ: قيمَتُه عَشرةٌ مَثلًا، وقالَ المَغصوبُ منه: بل قيمَتُه خَمسةَ عَشرَ، ولا بَيِّنةَ لأَحدِهما فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ بيَمينِه عندَ جُمهورِ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ؛ لأنَّ الأصلَ بَراءةُ ذِمتِه فلا يَلزمُه إلا ما أقَرَّ به، كما لو ادَّعىٰ عليه دَينًا من غيرِ غَصبٍ فأقَرَّ ببَعضِه، إلا أنْ يُقيمَ المالِكُ البَيِّنةَ علىٰ ما قالَ.

قالَ الشافِعيةُ: فإنْ أَقامَ البَيِّنةَ علىٰ أنَّ قيمَتَه أكثَرُ ممَّا قالَه الغاصِبُ من غيرِ تَقديرٍ سُمِعَت البَيِّنةُ، وكُلِّفَ الغاصِبُ الزِّيادةَ إلىٰ ما قالَه، إلىٰ حَدٍّ لا تَقطعُ البَيِّنةُ بالزِّيادةِ عليه، وقيلَ: إنَّها لا تُسمعُ[1].

(1) «المهذب» (1/ 376)، و«النجم الوهاج» (5/ 196)، و«مغني المحتاج» (3/ 305)، =

قالَ الإمامُ الكاسانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو اختلَفا في أصلِ الغَصبِ أو في جِنسِ المَغصوبِ أو نَوعِه أو قَدرِه أو صِفتِه أو قيمَتِه وَقتَ الغَصبِ فالقَولُ في ذلك كلِّه قولُ الغاصِبِ؛ لأنَّ المَغصوبَ منه يَدَّعي عليه الضَّمانَ وهو يُنكِرُ، فكانَ القولُ قولَه؛ إذِ القَولُ في الشَّرعِ قَولُ المُنكِرِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: إذا اختَلفَ الغاصِبُ والمَغصوبُ منه في قَدرِ المَغصوبِ ولم يَكُنْ لأَحدِهما بَيِّنةٌ فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ مع يَمينِه إنْ أشبَهَ في دَعواه، سَواءٌ أشبَهَ رَبَّه أو لا، فإنْ كانَ قَولُ الغاصِبِ لم يُشبِهْ فالقَولُ لرَبِّه بيَمينِه.

قالَ الشَّيخُ أَحمدُ الصاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: رُبَّما يَدخلُ في تَحالُفِهما في القَدْرِ مَسألتانِ:

الأُولىٰ: غاصِبُ صُرةٍ ثم يُلقيها في البَحرِ مَثلًا، ولا يَدري ما فيها، فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ بيَمينِه عندَ مالِكٍ وابنِ ناجي وعليه الفَتوَىٰ، لإمكانِ مَعرفةِ ما فيه بعِلمٍ سابِقٍ أو بحَبسِها.

وقالَ مُطرِّفٌ وابنُ كِنانةَ وأشهَبُ: القَولُ لرَبِّها إنِ ادَّعىٰ ما يُشبهُ وكانَ مِثلُه يَملِكُه؛ لأنَّه ادَّعىٰ تَحقيقًا والآخَرُ يَدَّعي تَخمينًا، وهذا ما لم يَغِبِ الغاصِبُ عليها قبلَ ذلك، وإلا فالقَولُ قَولُه بيَمينِه من غيرِ خِلافٍ.

=
و«تحفة المحتاج» (7/ 62)، و«نهاية المحتاج» (5/ 196)، و«الديباج» (2/ 394)، و«العناية شرح الهداية» (9/ 68)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 138)، و«مجمع الضمانات» (1/ 331)، و«المغني» (5/ 170)، و«الكافي» (2/ 413)، و«كشاف القناع» (4/ 139)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 64).

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 163، 164).





الثانيةُ: قالَ عبدُ المَلكِ في قَومٍ أَغاروا علىٰ مَنزلِ رَجلٍ والناسُ يَنظُرونَ فنَهَبوا ما فيه وشهِدَت الناسُ بالإِغارةِ والنَّهبِ لا بأَعيانِ المَغصوبِ فلا يُعطَىٰ المُنتهَبُ منه بيَمينِه وإنِ ادَّعىٰ ما يُشبهُ، إلا ببَيِّنةٍ.

وقالَ ابنُ القاسِمِ: القَولُ قَولُ المُغارِ عليه مع يَمينِه إنْ أشبَهَ وكانَ مِثلُه يَملِكُ ذلك[1].

وقالَ ابنُ جُزيٍّ الكَلبيُّ الغِرناطيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنِ اختَلفَ الغاصِبُ والمَغصوبُ منه في جِنسِ المَغصوبِ أو صِفتِه أو قَدرِه ولم يَكُنْ لأَحدِهما بَيِّنةٌ فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ مع يَمينِه، والغاصِبُ ضامِنٌ لمَا غصَبَه، سَواءٌ تلِفَ بأمرِ اللهِ أو من مَخلوقٍ[2].

وقالَ الخَرشيُّ: (ص) والقَولُ لهُ في تَلفِه ونَعتِه وقَدرِه وحلَفَ (ش) يَعني أنَّ الغاصِبَ إذا قالَ: «إنَّ الشَّيءَ المَغصوبَ قد تلِفَ»، وكَذَّبه رَبُّه فالقَولُ قَولُ الغاصِبِ لأنَّه غارِمٌ، وكذلك القَولُ قَولُ الغاصِبِ في نَعتِه -أي: في صِفتِه-، وكذلك القَولُ قَولُ الغاصِبِ في قَدرِ الشَّيءِ المَغصوبِ، يُريدُ مع يَمينِه في المَسائلِ الثَّلاثِ، كما في «المُدوَّنة» فالضَّميرُ في «له» للغاصِبِ، وإنَّما يَكونُ القَولُ قَولَه في نَعتِه وقَدرِه حيثُ أشبَهَ، أشبَهَ الآخَرَ أو لا، فإنْ لم

---

(1) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 240)، ويُنظَر: «مواهب الجليل» (7/ 263)، و«التاج والإكليل» (4/ 322)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 145)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 181)، و«تحبير المختصر» (4/ 403)، و«القوانين الفقهية» (1/ 218)، و«شرح ميارة» (2/ 428)، و«منح الجليل» (7/ 130).

(2) «القوانين الفقهية» (1/ 218).

يُشبِهْ وأشبَهَ رَبُّ المَغصوبِ فالقَولُ قَولُه مع يَمينِه، فإنْ لم يُشبِها قُضيَ بأوسَطِ القِيمِ بعدَ أيمانِهما بنَفيِ كلِّ دَعوىٰ صاحِبِه مع تَحقيقِ دَعواه، وفُهِم من قَولِه «نَعتُه وقَدرُه» أنَّهما لو اختَلَفا في جِنسِه لم يَكُنْ الحُكمُ كذلك، وهو كذلك في حالةِ عَدمِ شَبهِهما، فإنَّ القَولَ حينَئذٍ قَولُ الغاصِبِ لأنَّه غارِمٌ؛ إذْ لا يَتأتَّىٰ فيه أوسَطُ القِيمِ[1].

ثانيًا: الاختِلافُ في تَلفِ المَغصوبِ:

إذا اتَّفقَ الغاصِبُ والمَغصوبُ منه علىٰ الغَصبِ، ثم اختَلَفا في تَلفِ المَغصوبِ هل تلِفَ أو لا، بأنْ قالَ الغاصِبُ: قد تلِفَ، وقالَ المَغصوبُ منه: بل هو باقٍ لم يَتلَفْ...

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ في الصَّحيحِ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ القَولَ قَولُ الغاصِبِ مع يَمينِه؛ لأنَّه قد يَكونُ صادِقًا ويَعجزُ عن إقامةِ البَيِّنةِ علىٰ التَّلفِ، فلو لم يُصدَّقْ لَأدَّىٰ إلىٰ تَخليدِ حَبسِه، فإنْ حلَفَ الغاصِبُ غرَّمَه المالِكُ بدَلَ المَغصوبِ من المِثلِ أو القيمةِ؛ لعَجزِه عن الوُصولِ إلىٰ عَينِ مالِه بيَمينِ الغاصِبِ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّه يُقبلُ قَولُ المالِكِ بيَمينِه؛ لأنَّ الأصلَ بَقاؤُه[2].

(1) «شرح مختصر خليل» (6/ 145).

(2) «المهذب» (1/ 376)، و«النجم الوهاج» (5/ 196)، و«مغني المحتاج» (3/ 305)، و«تحفة المحتاج» (7/ 62)، و«نهاية المحتاج» (5/ 196)، و«الديباج» (2/ 394)، =



وقـالَ الحَنفيـةُ: إذا قـالَ الغاصِـبُ: «هلَـكَ المَغصـوبُ في يَـدي»، ولـم يُصدِّقْه المَغصوبُ منه ولا بَيِّنةَ للغاصِبِ فإنَّ القاضِي يَحبِسُ الغاصِبَ مُدةً لو كانَ قائِمًا لأظهَرَه في تلك المُدةِ، ثم يَقضي عليه بالضَّمانِ؛ لأنَّ الحُكمَ الأَصليَّ للغَصبِ هو وُجوبُ رَدِّ عَينِ المَغصوبِ، والقيمةُ خَلَفٌ عنه، فما لم يَثبُتِ العَجزُ عن الأصلِ لا يُقضَىٰ بالقيمةِ التي هي خَلَفٌ[1].

ثالِثًا: الاختِلافُ في رَدِّ المَغصوبِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما لو قالَ الغاصِبُ: «رَدَدتُ المَغصوبَ»، وأنكَرَه المالِكُ، هل القَولُ قَولُ الغاصِبِ أو قَولُ المالِكِ أنَّه لم يَردَّه؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ القَولَ قَولُ المالِكِ أنَّه لم يَردَّ عليه المَغصوبَ؛ لأنَّ الأصلَ عَدمُ ذلك واشتِغالُ الذِّمةِ بـه، وذلـك لأنَّ الغاصِبَ أقَرَّ بالسَّببِ المُوجِبِ للضَّمانِ وهـو الغَصـبُ، وادَّعىٰ ما يُبرِّئُه، فيَكونُ القَولُ قَولَ المالِكِ[2].

=

و«مواهب الجليل» (7/ 263)، و«التاج والإكليل» (4/ 322)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 145)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 181)، و«تحبير المختصر» (4/ 403)، و«القوانين الفقهية» (1/ 218)، و«شرح ميارة» (2/ 428)، و«المغني» (5/ 170)، و«الكافي» (2/ 413)، و«كشاف القناع» (4/ 139، 140)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 64).

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 163).

(2) «التنبيه» ص(116)، و«المغني» (5/ 171)، و«الكافي» (2/ 413)، و«كشاف القناع» (4/ 140)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 64).



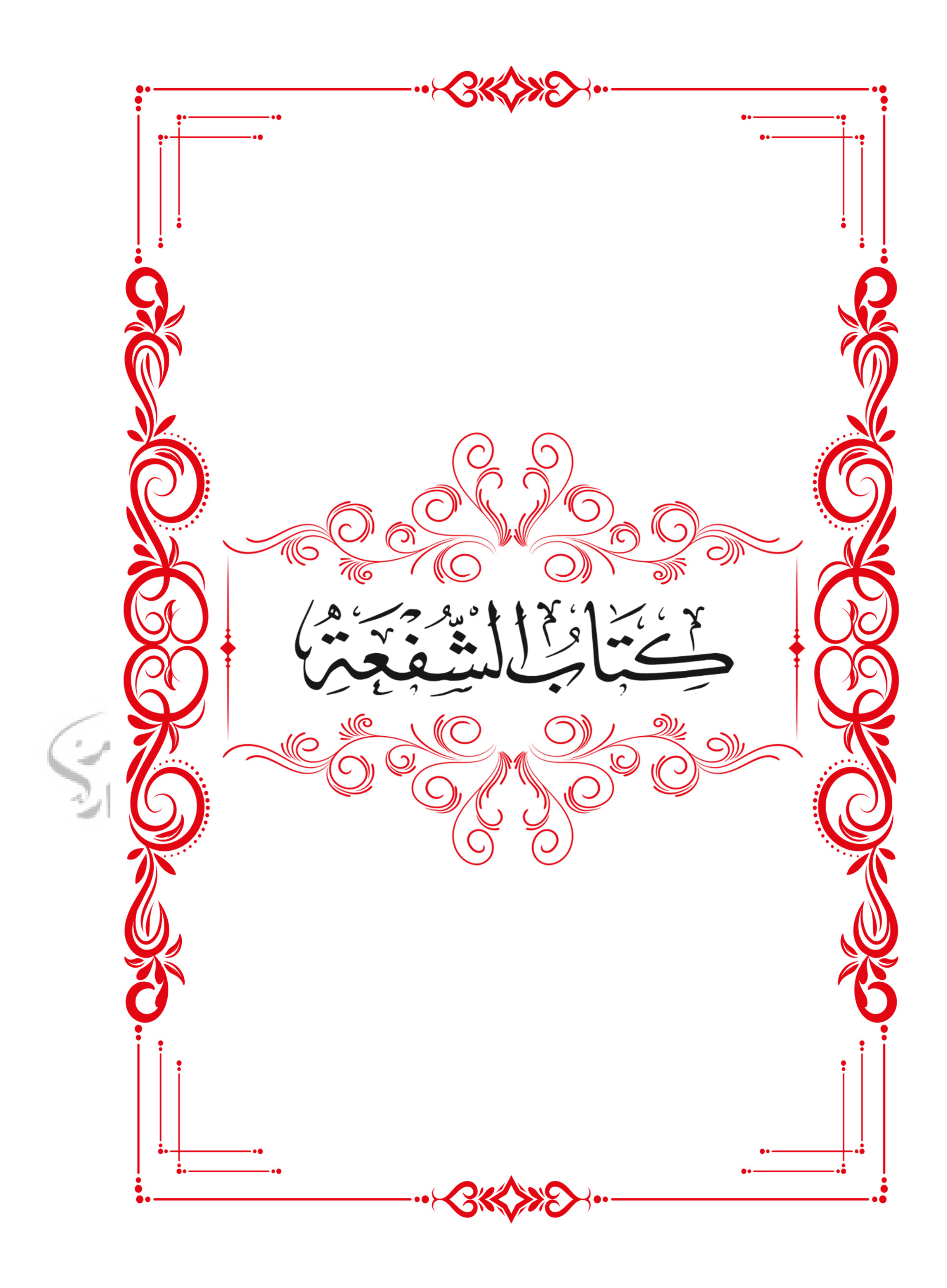
قالَ الحَنفيةُ: لو أقرَّ الغاصِبُ بما يَدَّعي المَغصوبُ منه من الغَصبِ وادَّعىٰ الرَّدَّ عليه لا يُصدَّقُ إلا ببيِّنةٍ؛ لأنَّ الإقرارَ بالغَصبِ إقرارٌ بوُجودِ سَببِ وُجودِ الضَّمانِ منه، فهو بقَولِه: «رَدَدتُ عليكَ» يَدَّعي انفِساخَ السَّببِ فلا يُصدَّقُ من غيرِ بَيِّنةٍ، والقَولُ قَولُ المَغصوبِ منه أنَّه لم يَقبِضْ منه ولم يَردَّ عليه مع يَمينِه، إلا أنْ يُقيمَ الغاصِبُ بَيِّنةً.

ولو تعارَضَت البَيِّنتانِ فأقامَ المالِكُ البَيِّنةَ علىٰ أنَّ الدابةَ أو السَّيارةَ مَثلًا تلِفَت عندَ الغاصِبِ من رُكوبِه، وأقامَ الغاصِبُ البَيِّنةَ علىٰ أنَّه ردَّها إلىٰ المالِكِ فتُقبلُ بَيِّنةُ المالِكِ، وعلىٰ الغاصِبِ قيمةُ المَغصوبِ؛ لأنَّ بَيِّنةَ الغاصِبِ لا تَدفعُ بَينةَ المَغصوبِ منه؛ لأنَّها قامَت علىٰ رَدِّ المَغصوبِ، ومن الجائزِ أنَّه رَدَّها، ثم غصَبَها وركِبَها فتلِفَت في يَدِه، ولو أقامَ المَغصوبُ منه البَيِّنةَ أنَّه غصَبَ الدابةَ ونفَقَت عندَه، وأقامَ الغاصِبُ البَيِّنةَ أنَّه رَدَّها إليه وأنَّها نفَقَت عندَه فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ من الجائزِ أنَّ شُهودَ المَغصوبِ منه اعتَمَدوا في شَهادتِهم علىٰ استِصحابِ الحالِ؛ لمَا أنَّهم علِموا بالغَصبِ وما علِموا بالرَّدِّ، فبَنَوُا الأمرَ علىٰ ظاهِرِ بَقاءِ المَغصوبِ في يَدِ الغاصِبِ إلىٰ وَقتِ الهَلاكِ، وشُهودُ الغاصِبِ اعتَمَدوا في شَهادتِهم حَقيقةَ الأمرِ، وهي الرَّدُّ؛ لأنَّه أمرٌ لم يَكُنْ، فكانَت الشَّهادةُ القائِمةُ علىٰ الرَّدِّ أوْلىٰ، وعن أَبي يُوسفَ أنَّ الغاصِبَ ضامِنٌ(1).

(1) «بدائع الصنائع» (7/ 164)، و«المحيط البرهاني» (5/ 414)، و«البحر الرائق» (8/ 136)، و«مجمع الضمانات» (1/ 332)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 138).







كِتَابُ الشُّفْعَةِ







تعريفُ الشُّفعةِ:

الشُّفعةُ لُغـةً: مَأخوذةٌ من الشَّفعِ بمَعنىٰ الضَّمِّ، ضِدُّ الـوَترِ، ومنه شَـفاعةُ النَّبـيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ للمُـذنِبينَ؛ لأنَّـه يَضـمُّهم بهـا إلـىٰ الفـائِزين الصالِحينَ، يُقالُ: شفَعَ الرَّجلُ شَفعًا إذا كانَ فَردًا فصارَ لـه ثـانٍ، والشَّـفيعُ فيما نحن فيه يَضمُّ المَأخوذَ إلىٰ مِلكِه فلذلك سُمِّيَ شُفعةً.

وقيـلَ: مَأخوذةٌ مـن الشَّـفاعةِ؛ لأنَّ الرَّجـلَ إذا أَرادَ أنْ يَبيـعَ دارَه أَتـاه شَريكُه أو جارُه بشَفيعٍ يَشفَعُ إليه فيما بِيعَ[1].

الشُّفعةُ اصطِلاحًا:

تَعدَّدت عِبـاراتُ الفُقهـاءِ في تَعـريفِ الشُّفعـةِ وإنْ كانَ مَـردُّها علىٰ أنَّ

---

(1) «المبسوط» (14/ 90)، و«تبيين الحقائق» (5/ 239)، و«النجم الوهاج» (5/ 221)، و«مغني المحتاج» (3/ 320).



الشُّفعةَ استِحقاقُ الشَّريكِ أخْذَ نَصيبِ شَريكِه فيما باعَه بالثَّمنِ نَفسِه الذي باعَه به.

مَثلًا: لو باعَ رَجلٌ دارَه أو عَقارَه واطَّلعَ شَريكُه علىٰ هذا البَيعِ كانَ له حَقُّ الاعتِراضِ علىٰ هذا البَيعِ، ويأخُذُ المَبيعَ بالثَّمنِ الذي باعَه به أو اشتَراه به الشَّريكُ الحادِثُ، وهذا الذي يَثبُتُ له حَقُّ الشُّفعةِ يُسمَّىٰ شَفيعًا.

قالَ الحَنفيةُ: الشُّفعةُ هي تَملُّكُ البُقعةِ جَبرًا علىٰ المُشتَري بما قامَ عليه -أي بمِثلِ ثَمنِه الذي اشتَراه به وهو الثَّمنُ- وسَواءٌ رَضيَ المُتبايِعانِ أو سخِطا، وزادَ بعضُهم: شَرِكةً أو جِوارًا[1].

وقالَ المالِكيةُ: الشُّفعةُ هي استِحقاقُ شَريكٍ أخْذَ مَبيعِ شَريكِه بثَمنِه أخَذَ أو لم يأخُذْ.

أي: بجُزءٍ شائِعٍ لا بأذرُعٍ مُعيَّنةٍ فلا شُفعةَ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ قَطعًا؛ لأنَّهما جارانِ[2].

وقيلَ: استِحقاقُ شَريكٍ أخْذَ ما عاوَضَ به شَريكَه من عَقارٍ بثَمنِه أو قيمَتِه بصِيغةٍ.

فخرَجَ بـ «ما عاوَضَ به» الهِبةُ والصَّدقةُ والوَصيةُ بشِقصٍ، فلا شُفعةَ فيها.

---

(1) «تبيين الحقائق» (5/ 239)، و«البحر الرائق» (8/ 143)، و«مختصر الوقاية» (2/ 89).

(2) «المختصر الفقهي» (11/ 134)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 162)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 209).

وبـ«عَقارٍ» خرَجَ غيرُ العَقارِ من الحَيوانِ والعُروضِ فلا شُفعةَ فيه.

«بثَمنِه» أي: الذي وقَعَ به البَيعُ كما هو الغالِبُ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: الشُّفعةُ شَرعًا: حَقُّ تَملُّكٍ قَهريٍّ يَثبتُ للشَّريكِ القَديمِ علىٰ الحادِثِ فيما ملَكَ بعِوضٍ لدَفعِ الضَّررِ بالعِوضِ الذي ملَكَ به[2].

وقالَ الحَنابِلةُ: الشُّفعةُ: هي استِحقاقُ الشَّريكِ انتِزاعَ حِصةِ شَريكِه إذا انتقَلَت إلىٰ غيرِه من يَدِ مَن انتقَلَت إليه إنْ كانَ المُنتقِلُ إليه مِثلَه أو دونَه -بأنْ كانَ الشَّفيعُ مُسلِمًا والمُشتَري كافِرًا، فإنْ كانَ مِثلَه فلا شُفعةَ- بعِوضٍ ماليٍّ، فيأخُذُ الشَّفيعُ نَصيبَ البائِعِ بثَمنِه الذي استقَرَّ عليه العَقدُ[3].

قالَ شَمسُ الدِّينِ السَّرخَسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وزعَمَ بعضُ أصحابِنا رحِمَهم اللهُ أنَّ القياسَ يَأبىٰ ثُبوتَ حَقِّ الشُّفعةِ؛ لأنَّه يَتملَّكُ علىٰ المُشتَري مِلكًا صَحيحًا له بغيرِ رِضاه، وذلك لا يَجوزُ، فإنَّه من نَوعِ الأكلِ بالباطِلِ، وتأيَّدَ هذا بقَولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرِئٍ مُسلمٍ إلا بطِيبِ نَفسٍ منه**»، ولأنَّه بالأخذِ يَدفعُ الضَّررَ عن نَفسِه علىٰ وَجهٍ يَلحَقُ الضَّررُ بالمُشتَري في إبطالِ مِلكِه عليه، وليسَ لأحدٍ أنْ يَدفعَ الضَّررَ عن نَفسِه بالإضرارِ بغيرِه.

---

(1) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 289).

(2) «النجم الوهاج» (5/ 221)، و«مغني المحتاج» (3/ 320)، و«تحفة المحتاج» (7/ 1)، و«الديباج» (2/ 410) 02.

(3) «المغني» (5/ 178)، و«شرح الزركشي» (2/ 165)، و«الإنصاف» (6/ 250)، و«كشاف القناع» (4/ 164، 165)، و«الروض المربع» (2/ 129).



ولكنَّا نَقولُ: تَركنا هذا القياسَ بالأخبارِ المَشهورةِ في البابِ، والأصَحُّ أنْ نَقولَ: الشُّفعةُ أصلٌ في الشَّرعِ فلا يَجوزُ أنْ يُقالَ: إنَّه مُستحسَنٌ من القياسِ، بل هو ثابتٌ، وقد دلَّت على ثُبوتِه الأحاديثُ المَشهورةُ عن رَسولِ اللهِ ﷺ وعن أصحابِه رِضوانُ اللهِ عليهم[1].

مَشروعيةُ الشُّفعةِ:

ثبَتَت مَشروعيةُ الشُّفعةِ بالسُّنةِ الصَّحيحةِ والإجماعِ والمَعقولِ.

أمَّا السُّنةُ: فما رَواه جابرُ بنُ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قالَ: «**قَضى رَسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ شَركةٍ لم تُقسَمْ، رَبعةٍ أو حائطٍ، لا يَحلُّ له أنْ يَبيعَ حتى يُؤذِنَ شَريكَه، فإنْ شاءَ أخَذَ وإنْ شاءَ ترَكَ، فإذا باعَ ولم يُؤذِنْه فهو أحَقُّ به**»[2].

وعن جابرٍ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ ﷺ: «**الجارُ أحَقُّ بشُفعةِ جارِه، يُنتظَرُ بها، وإنْ كانَ غائِبًا إذا كان طَريقُهما واحِدًا**»[3].

وعن جابرٍ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ ﷺ: «**مَن كانَت له شَركةٌ في أرضٍ أو رِباعٍ فليسَ له أنْ يَبيعَ حتى يَستأذنَ شَريكَه؛ فإنْ شاءَ أخَذَه، وإنْ شاءَ ترَكَه**»[4].

---

(1) «المبسوط» (14/ 90).

(2) أخرجه البخاري (2138)، ومسلم (1608).

(3) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (3518)، وابن ماجه (2494).

(4) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (14403)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (22730).

وأمَّا الإجماعُ؛ فقد نقَلَ عَددٌ من العُلماءِ الإجماعَ علىٰ جَوازِ الشُّفعةِ.

قالَ الإمامُ أَبو بَكرِ بنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: ثبَتَ أنَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَلَ الشُّفعةَ في كلِّ مالٍ لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ فلا شُفعةَ.

وأجمَعَ أهلُ العِلمِ علىٰ إثباتِ الشُّفعةِ للشَّريكِ الذي لم يُقاسِمْ فيما بِيعَ من أرضٍ، أو دارٍ، أو حائطٍ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ بَطالٍ رَحِمَهُ اللَّهُ **بعدَما ذكَرَ حَديثَ جابرٍ**: اتَّفقَ جَماعةُ الفُقهاءِ علىٰ القَولِ بهذا الحَديثِ، وأوجَبوا الشُّفعةَ للشَّريكِ في المَشاعِ من الرِّباعِ، وكلِّ ما تأخُذُه الحُدودُ وتَحتَمِلُه القِسمةُ[2].

وقالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: والحُكمُ بالشُّفعةِ واجِبٌ بالنَّصِّ والإجماعِ، إلا مَن شذَّ عن الجَميعِ من الأصَمِّ وابنِ عُليَّةَ فإنَّهما أبطَلاها رَدًّا للإجماعِ، ومَنعًا من خَبَرِ الواحِدِ، وتَمسُّكًا بظاهِرِ قَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرئٍ مُسلِمٍ إلا بطِيبِ نَفسٍ منه**»[3]، وهذا خَطأٌ لفُحشِ مِن قائلِه؛ لأنَّ ما رُوِيَ في الشُّفعةِ وإنْ لم يَكُنْ مُتواتِرًا فالعَملُ به مُستفيضٌ يَصيرُ به الخَبَرُ كالمُتواتِرِ، ثم الإجماعُ عليه مُنعقِدٌ، والعِلمُ بكَونِه شَرعًا واقِعٌ، وليسَ في التَّمسكِ بقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَحلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلا بطِيبِ نَفسٍ**

---

(1) «الإشراف» (6/ 152)، و«الإجماع» (509).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 376).

(3) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: تقدم.

منه» ما يَمنعُ من الشُّفعةِ؛ لأنَّ المُشتَريَ يُعاوِضُ عليهما بما بذَلَه فيَصِلُ إليه ولا يَستحِلُّ منه[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعَ العُلماءُ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ في الدُّورِ والأرضينَ والحَوانيتِ والرِّباعِ كلِّها بينَ الشُّركاءِ في المَشاعِ من ذلك كلِّه، وأنَّها سُنةٌ مُجتمَعٌ عليها يَجبُ التَّسليمُ لها[2].

وقالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: اتَّفقَ المُسلِمونَ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ واجِبةٌ في الدُّورِ والعَقارِ والأَرضينَ كلِّها[3].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمَعَ المُسلِمونَ علىٰ ثُبوتِ الشُّفعةِ للشَّريكِ في العَقارِ ما لم يُقسَمْ[4].

وأمَّا المَعقولُ: وهو الحِكمةُ من مَشروعيَّتِها: إزالةُ الضَّررِ عن الشَّريكِ الذي يَنشأُ من سُوءِ المُجاورةِ علىٰ الدَّوامِ.

مَحاسِنُ الشُّفعةِ:

قالَ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ اللَّهُ: من مَحاسِنِ الشَّريعةِ وعَدلِها وقيامِها بمَصالحِ العِبادِ وُرودُها بالشُّفعةِ، ولا يَليقُ بها غيرُ ذلك؛ فإنَّ حِكمةَ الشارعِ اقتَضَت رَفعَ الضَّررِ عن المُكلَّفينَ ما أمكَنَ، فإنْ لم يُمكِنْ رَفعُه إلا بضَررٍ أعظَمَ منه أبقاه

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 227).

(2) «الاستذكار» (7/ 67).

(3) «بداية المجتهد» (2/ 194).

(4) «شرح صحيح مسلم» (11/ 45).

علىٰ حالِه، وإنْ أمكَنَ رَفعُه بالتِزامِ ضَررٍ دونَه رفعَه به، ولمَّا كانَت الشَّركةُ مَنشأَ الضَّررِ في الغالِبِ فإنَّ الخُلطاءَ يَكثُرُ فيهم بَغيُ بَعضِهم علىٰ بعضٍ، شرَعَ اللهُ سُبحانَه رَفْعَ هذا الضَّررِ بالقِسمةِ تارةً، وبانفِرادِ كلٍّ من الشَّريكَينِ بنَصيبِه وبالشُّفعةِ تارةً، وبانفِرادِ أحدِ الشَّريكَينِ بالجُملةِ إذا لم يَكُنْ علىٰ الآخَرِ ضَررٌ في ذلك، فإذا أرادَ بَيعَ نَصيبِه وأخْذَ عِوضِه كانَ شَريكُه أحَقَّ به من الأجنَبيِّ، وهو يَصلُ إلىٰ غَرضِه من العِوضِ من أيِّهما كان، فكانَ الشَّريكُ أحَقَّ بدَفعِ العِوضِ من الأجنَبيِّ، ويَزولُ عنه ضَررُ الشَّركةِ، ولا يَتضرَّرُ البائِعُ؛ لأنَّه يَصلُ إلىٰ حَقِّه من الثَّمنِ، وكانَ هذا من أعظَمِ العَدلِ وأحسَنِ الأَحكامِ المُطابِقةِ للعُقولِ والفِطَرِ ومَصالحِ العِبادِ، ومن هنا يُعلَمُ أنَّ التَّحيُّلَ لإسقاطِ الشُّفعةِ مُناقِضٌ لهذا المَعنىٰ الذي قصَدَه الشارِعُ ومُضادٌّ له[1].

حُكمُ الاحتِيالِ لإسقاطِ الشُّفعةِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الحِيلةِ لإسقاطِ الشُّفعةِ، هل هي مُحرَّمةٌ أو مَكروهةٌ أو جائِزةٌ؟

فنَصَّ الحَنابِلةُ علىٰ أنَّه حرُمَ التَّحايُلُ لإسقاطِ الشُّفعةِ.

قالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحلُّ الاحتِيالُ لإسقاطِ الشُّفعةِ، وإنْ فعَلَ لم تَسقُطْ، قالَ أحمدُ في رِوايةِ إسماعيلَ بنِ سَعيدٍ: وقد سألتُه عن الحِيلةِ في إبطالِ الشُّفعةِ فقالَ: لا يَجوزُ شَيءٌ من الحِيَلِ في ذلك، ولا في إبطالِ حَقِّ مُسلمٍ. وبهذا قالَ أبو أيوبَ وأبو خَيثَمةَ وابنُ أبي شَيبةَ

(1) «إعلام الموقعين» (2/ 139).



وأَبو إِسحاقَ الجَوزجانِيُّ، وقالَ عبدُ اللهِ بنُ عُمرَ: «مَن يَخدَعِ اللهَ يَخدَعْه»، وقالَ أَيوبُ السَّختيَانِيُّ: «إنَّهم ليُخادِعُونَ اللهَ كما يَخدَعونَ صَبيًّا، لو كانوا يأتونَ الأمرَ علىٰ وَجهِه كانَ أسهَلَ علَيَّ».

ومَعنىٰ الحِيلةِ: أنْ يُظهِروا في البَيعِ شَيئًا لا يُؤخَذُ بالشُّفعةِ معه ويَتواطَؤوا في الباطِنِ علىٰ خِلافِه، مِثلَ أنْ يَشتَرِيَ شِقصًا يُساوي عَشرةَ دَنانيرَ بألفِ دِرهمٍ، ثم يَقضيَه عنها عَشرةَ دَنانيرَ، أو يَشترِيَه بمِئةِ دِينارٍ، ويَقضيَه عنها مِئةَ دِرهمٍ.

أو يَشترِيَ البائِعُ من المُشتَرِي عَبدًا قيمَتُه مِئةٌ بألفٍ في ذِمتِه، ثم يَبيعَه الشِّقصَ بالألفِ.

أو يَشترِيَ شِقصًا بألفٍ ثم يُبْرِئَه البائِعُ من تِسعِمِئةٍ.

أو يَشترِيَ جُزءًا من الشِّقصِ بمِئةٍ ثم يَهَبَ له البائِعُ باقيَه، أو يَهبَ الشِّقصَ للمُشتَرِي ويَهبَ المُشتَري له الثَّمنَ.

أو يَعقدَ البَيعَ بثَمنٍ مَجهولِ المِقدارِ كحِفنةِ قُراضةٍ أو جَوهرةٍ مُعيَّنةٍ أو سِلعةٍ مُعيَّنةٍ غيرِ مَوصوفةٍ، أو بمِئةِ دِرهمٍ، ولُؤلؤةٍ، وأَشباهِ هذا، فهذا كلُّه إذا وقَعَ من غيرِ تَحيُّلٍ سقَطَت الشُّفعةُ، وإنْ تَحيَّلا به علىٰ إسقاطِ الشُّفعةِ لم يَسقُطْ، ويأخُذُ الشَّفيعُ الشِّقصَ في الصُّورةِ الأُولىٰ بعَشرةِ دَنانيرَ أو قيمَتِها من الدَّراهِمِ، وفي الثانيةِ بمِئةِ دِرهَمٍ أو قيمَتِها ذَهبًا، وفي الثالِثةِ بقيمةِ العَبدِ المَبيعِ، وفي الرابِعةِ بالباقي بعدَ الإِبراءِ وهو المِئةُ المَقبوضةُ، وفي الخامِسةِ يأخُذُ الجُزءَ المَبيعَ من الشِّقصِ بقِسطِه من الثَّمنِ، ويَحتمِلُ أنْ يأخُذَ

الشِّقصَ كلَّه بجَميعِ الثَّمنِ؛ لأنَّه إنَّما وهَبه بَقيةَ الشِّقصِ عِوضًا عن الثَّمنِ الذي اشترَىٰ به جُزءًا من الشِّقصِ، وفي السادِسةِ يأخُذُ بالثَّمنِ المَوهوبِ، وفي سائِرِ الصُّورِ المَجهولِ ثَمنُها يأخُذُه بمِثلِ الثَّمنِ أو بقيمَتِه إنْ لم يَكنْ مِثليًّا إذا كانَ الثَّمنُ مَوجودًا، وإنْ لم يُوجَدْ عَينُه دفعَ إليه قيمةَ الشِّقصِ؛ لأنَّ الأغلَبَ وُقوعُ العَقدِ علىٰ الأَشياءِ بقيمَتِها.

وقالَ أَصحابُ الرأيِ والشافِعيُّ: يَجوزُ ذلك كلُّه، وتَسقطُ به الشُّفعةُ؛ لأنَّه لم يأخُذْ بما وقعَ البَيعُ به، فلم يَجزْ كما لو لم يَكُنْ هناك حِيلةٌ.

ولنا: قَولُ النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**مَن أدخَلَ فَرسًا بينَ فَرسَينِ ولم يأمَنْ أنْ يَسبقَ فليس بقِمارٍ، وإنْ أَمِنَ أنْ يَسبِقَ فهو قِمارٌ**»، رَواه أَبو داودَ وغيرُه، فجعَلَ إِدخالَ الفَرسِ المُحلِّلِ قِمارًا في المَوضعِ الذي يَقصِدُ به إباحةَ إِخراجِ كلِّ واحِدٍ من المُتسابقَينِ جُعلًا مع عَدمِ مَعنىٰ المُحلَّلِ فيه، وهو كَونُه بحالٍ يَحتمِلُ أنْ يأخُذَ سَبقَيْهما، وهذا يَدلُّ علىٰ إِبطالِ كلِّ حِيلةٍ لم يُقصَدْ بها إلا إباحةُ المُحرَّمِ مع عَدمِ المَعنىٰ فيها.

واستدَلَّ أَصحابُنا بما رَوىٰ أَبو هُريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النَّبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**لا تَرتَكِبوا ما ارتكَبَت اليَهودُ فتَستَحلُّوا مَحارمَ اللهِ بأَدْنىٰ الحِيلِ**»[1].

وقالَ النَّبيُّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**لعَنَ اللهُ اليَهودَ؛ إنَّ اللهَ لمَّا حرَّمَ عليهم شُحومَها جَمَلوه ثم باعوه وأَكلوا ثَمنَه**» مُتَّفقٌ عليه، ولأنَّ اللهَ تَعالىٰ ذَمَّ المُخادِعينَ له بقَولِه تَعالىٰ: ﴿يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَمَا يَخۡدَعُونَ إِلَّآ

(1) ذكَرَه ابنُ بطةَ العكْبريُّ في «إبطال الحيل» ص(47) عن أبي هُريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مَرفوعًا.



﴿أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴿٩﴾﴾ [البقرة: 9]، والحِيلُ مُخادَعةٌ، وقد مسَخَ اللهُ تعالىٰ الذين اعتَدَوْا في السَّبتِ قِردةً بحِيلَتِهم، فإنَّه رُوِيَ أنَّهم كانوا يَنصِبون شِباكَهم يومَ الجُمعةِ، ومنهم مَن يَحفِرُ جِبابًا ويُرسلُ الماءَ إليها يومَ الجُمعةِ، فإذا جاءَت الحِيتانُ يومَ السَّبتِ وقَعَت في الشِّباكِ وفي الجِبابِ، فيَدَعونها إلىٰ ليلةِ الأحَدِ فيأخُذونها ويَقولونَ: ما اصطَدْنا يومَ السَّبتِ شَيئًا، فمسَخَهم اللهُ تَعالىٰ بحِيلَتِهم، وقالَ تَعالىٰ: ﴿**فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ﴿٦٦﴾**﴾ [البقرة: 66]، قيلَ: يَعني به أُمةَ مُحمدٍ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أي: لتَتَّعظَ بذلك أُمةُ مُحمدٍ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيَجتَنِبوا مِثلَ ما فعَلَ المُعتَدونَ، ولأنَّ الحِيلةَ خَديعةٌ وقد قالَ النَّبيُّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا تَحِلُّ الخَديعةُ لمُسلمٍ**»، ولأنَّ الشُّفعةَ وُضِعت لدَفعِ الضَّررِ، فلو سقَطَت بالتَّحيُّلِ للَحِقَ الضَّررُ فلم تَسقُطْ، كما لو أسقَطَها المُشتَري بالبَيعِ والوَقفِ، وفارَقَ ما لم يُقصَدْ به التَّحيُّلُ؛ لأنَّه لا خِداعَ فيه ولا قُصِدَ به إبطالُ حَقٍّ، والأعمالُ بالنِّياتِ، فإنِ اختَلَفا هل وقَعَ شَيءٌ من هذا حِيلةً أو لا فالقَولُ قَولُ المُشتَري مع يَمينِه؛ لأنَّه أعلَمُ بنِيَّتِه وحالِه[1].

---

(1) «المغني» (5/ 203، 205)، و«الروض المربع» (2/ 130)، و«الفتاوىٰ الكبرىٰ» (3/ 110)، و«إعلام الموقعين» (3/ 299)، و**قالَ المرداوي في «الإنصاف» (6/ 215):**
وقد ذكَرَ الأصحابُ للحِيلةِ في إسقاطِها صُورًا:
الأُولىٰ: أنْ تَكونَ قيمةُ الشِّقصِ مِئةً، وللمُشتَري عَرضُ قيمَتِه مِئةً، فيَبيعَه العَرضَ بمِئتَينِ، ثم يَشتَري الشِّقصَ منه بمِئتَينِ، ويَتقاصَّانِ، أو يَتواطآنِ علىٰ أنْ يَدفعَ إليه عَشرةَ دَنانيرَ عن المِئتَينِ، وهي أقَلُّ من المِئتَينِ، فلا يُقدَّمُ الشَّفيعُ عليه؛ لنُقصانِ قيمَتِه عن المِئتَينِ.

=

وأمَّا الحَنفيةُ فقالَ الإمامُ عَلاءُ الدِّينِ السَّمرقَنديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثم الحِيلةُ في إِبطالِ الشُّفعةِ، هل هي مَكروهةٌ؟ رُويَ عن أَبي يُوسفَ أنَّها لا تُكرَهُ.

وعن مُحمدٍ أنَّه قالَ: أكرَهُ ذلك أشَدَّ الكَراهةِ(1).

قالَ الإمامُ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أمَّا الكَلامُ في كَراهةِ الحِيلةِ للإسقاطِ وعَدمِها فالحِيلةُ إمَّا أنْ تكونَ بعدَ وُجوبِ الشُّفعةِ، وإمَّا أنْ تكونَ

=

الثانيةُ: إظهارُ كَونِ الثَّمنِ مِئةً، ويَكونُ المَدفوعُ عِشرينَ فقط.

الثالِثةُ: أنْ يَكونَ كذلك، ويُبرئَه من ثَمانينَ.

الرابِعةُ: أنْ يَهبَه الشِّقصَ، ويَهبَه المَوهوبُ له الثَّمنَ.

الخامِسةُ: أنْ يَبيعَه الشِّقصَ بصُبرةِ دَراهمَ مَعلومةٍ بالمُشاهدةِ، مَجهولةِ المِقدارِ، أو بجَوهرةٍ ونَحوِها، فالشَّفيعُ علىٰ شُفعتِه في جَميعِ ذلك، فيَدفَعُ في الأُولىٰ: قيمةَ العَرضِ مِئةً، أو مِثلَ العَشرةِ دَنانيرَ، وفي الثانيةِ: عِشرينَ، وفي الثالِثةِ: كذلك؛ لأنَّ الإبراءَ حِيلةٌ. قالَه في «الفائقِ» وقالَه القاضي وابنُ عَقيلٍ، قالَ في «المغني» و«الشرحِ»: يأخُذُ الجُزءَ المَبيعَ من الشِّقصِ بقِسطِه من الثَّمنِ، ويَحتمِلُ أنْ يأخُذَ الشِّقصَ كلَّه بجَميعِ الثَّمنِ، وجزَمَ بهذا الاحتِمالِ في «المُستوعِبِ». قالَ الحارِثيُّ: وهو الصَّحيحُ.

وفي الرابِعةِ: يَرجِعُ في الثَّمنِ المَوهوبِ له، وفي الخامِسةِ: يَدفعُ مِثلَ الثَّمنِ المَجهولِ، أو قيمَتَه إنْ كانَ باقيًا، ولو تعذَّرَ بتَلفٍ أو مَوتٍ دفَعَ إليه قيمةَ الشِّقصِ، ذكَرَ ذلك الأَصحابُ، نقلَه في «التَّلخيصِ».

وأمَّا إذا تعذَّرَ مَعرفةُ الثَّمنِ من غَيرِ حِيلةٍ، بأنْ قالَ المُشترِي: لا أعلَمُ قَدرَ الثَّمنِ، كانَ القَولُ قَولَه مع يَمينِه، وأنَّه لم يَفعَلْه حِيلةً، وتَسقطُ الشُّفعةُ. وقالَ في «الفائقِ»: قُلتُ: ومِن صُورِ التَّحيُّلِ: أنْ يَقِفَه المُشترِي أو يَهَبَه حِيلةً لإِسقاطِها فلا تَسقطُ بذلك عندَ الأئِمةِ الأربَعةِ، ويَغلَطُ مَن يَحكُمُ بهذا ممَّن يَنتحِلُ مَذهبَ الإمامِ أحمدَ، وللشَّفيعِ الأخْذُ بدونِ حُكمٍ. انتَهىٰ، قالَ في القاعِدةِ الرابِعةِ والخَمسينَ: هذا الأظهَرُ.

(1) «تحفة الفُقهاء» (3/ 61).





قبلَ الوُجوبِ، فإنْ كانَت بعدَ الوُجوبِ قيلَ: إنَّها مَكروهةٌ بلا خِلافٍ، وذلك بأنْ يَقولَ المُشتَري للشَّفيعِ: «صالَحتُك علىٰ كذا دِرهمًا علىٰ أنْ تُسلِّمَ لي شُفعتَك»، فيَقبلَ، فتَبطُلَ شُفعتُه ولا يَستحقَّ بَدلَ الصُّلحِ، أو يَقولَ له: «اشتَرِ الدارَ مِني بكذا»، فيَقولَ: «اشتَرَيت»، فتَبطُلَ شُفعتُه، ونَحوَ ذلك.

وإنْ كانَت قبلَ الوُجوبِ فقد اختُلفَ فيها، قالَ أَبو يُوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُكرهُ، وقالَ مُحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُكرهُ.

وَجهُ قَولِ مُحمدٍ: أنَّ شَرعَ الحِيلةِ يُؤدِّي إلىٰ سَدِّ بابِ الشُّفعةِ، وفيه إِبطالُ هذا الحَقِّ أَصلًا ورَأسًا.

وَجهُ قَولِ أَبي يُوسفَ أنَّ الحِيلةَ قبلَ الوُجوبِ مَنعٌ من الوُجوبِ بمُباشَرةِ سَببِ الامتِناعِ شَرعًا، وهذا جائِزٌ كالشِّراءِ والهِبةِ وسائِرِ التَّمليكاتِ، فإنَّ المُشتَرِيَ يَمنعُ حُدوثَ المِلكِ للبائِعِ في المَبيعِ بمُباشرةِ سَببِ الامتِناعِ شَرعًا وهو الشِّراءُ، وكذا الهِبةُ والصَّدقةُ وسائِرُ التَّمليكاتِ.

وقد خُرِّجَ الجَوابُ عن قَولِ مُحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ هذا إِبطالٌ لحَقِّ الشُّفعةِ؛ لأنَّ إِبطالَ الشَّيءِ بعدَ ثُبوتِه ضَررٌ، والحَقُّ هَهنا لم يَثبُتْ بعدَ ذلك، فلا تَكونُ الحِيلةُ إِبطالًا له، بل هو مَنعٌ من الثُّبوتِ بمُباشرةِ سَببِ الامتِناعِ شَرعًا، وأنَّه جائِزٌ، فما ذكَرَه أَبو يُوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو الحُكمُ المَرويُّ، وما ذكَرَه مُحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ احتياطٌ، والأَصلُ في شَرعِ الحِيلةِ قَولُه سُبۡحَانَهُۥ وَتَعَالَىٰ في قِصةِ

سَيِّدِنا أَيوبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: 44]، واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أعلَمُ[1].

وقالَ الزَّيلَعيُّ الحَنفيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولا تُكرهُ الحِيلةُ لإسقاطِ الشُّفعةِ والزَّكاةِ) وهذا عندَ أَبي يُوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَ مُحمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تُكرهُ؛ لأنَّ الشُّفعةَ وجَبَت لدَفعِ الضَّررِ وهو واجِبٌ، وإلحاقُ الضَّررِ به حَرامٌ، فكانَت مَكروهةً ضَرورةً، ولأَبي يُوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه يَحتالُ لدَفعِ الضَّررِ عن نَفسِه، والحِيلةُ لدَفعِ الضَّررِ عن نَفسِه مَشروعةٌ وإنْ كانَ غيرُه يَتضرَّرُ في ضِمنِه، ثم قيلَ: هذا الاختِلافُ بينَهما قبلَ الوُجوبِ وأمَّا بعدَه فمَكروهٌ بالإِجماعِ، هكذا ذكرَه شَيخُ الإسلامِ، ذكَرَ قولَه في «النِّهايةِ»، والقائِلُ لهذا القَولِ قاسَه علىٰ الاختِلافِ في الزَّكاةِ، فإنَّه لا يُكرهُ عندَ أَبي يُوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قبلَ الوُجوبِ وعندَ مُحمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُكرهُ، وقيلَ: لا تُكرهُ الحِيلةُ لمَنعِ وُجوبِ الشُّفعةِ، وإنَّما الخِلافُ في فَصلِ الزَّكاةِ.

وقالَ شَمسُ الأئِمةِ: الاشتِغالُ بالحِيلِ بإبطالِ حَقِّ الشُّفعةِ لا بَأسَ به، أمَّا قبلَ وُجوبِ الشُّفعةِ فلا إِشكالَ فيه، وكذلك بعدَ الوُجوبِ إذا لم يَقصِدِ المُشترِي الإضرارَ به، وإنَّما قصَدَ الدَّفعَ عن مِلكِ نَفسِه، ثم قالَ: وقيلَ: هذا قَولُ أَبي يُوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وأمَّا عندَ مُحمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فتُكرهُ علىٰ قياسِ اختِلافِهم في الزَّكاةِ، ثم الحِيلُ التي تُسقِطُ الوُجوبَ هي أنْ يُعوِّضَه فيُسقِطَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ فتَسقطَ شُفعتُه ولا يَجبَ عليه العِوضُ، أو يَقولَ له: «أنا

[1] «بدائع الصنائع» (5/ 35).



أَبيعُك إياه»، أو يَقولَ له المُشتَري: «اشتَرِه مني»، فيَقولَ الشَّفيعُ: «نَعم»، فتَسقُطَ به شُفعتُه، وكذا إذا آجَرَه من الشَّفيعِ علىٰ ما بيَّنَّا، ومن الحِيلِ التي تَمنعُ الوُجوبَ أنْ يُوكِّلَه ببَيعِها أو يُضمِّنَه الدَّركَ أو يَجعلَ البائِعُ الخيارَ إليه في عَقدِ البَيعِ، إلىٰ غيرِ ذلك من الحِيلِ التي ذَكَرناها من قبلُ من الحِيلِ، أنْ يُؤجِّرَ المُشتَري البائِعَ شَيئًا ببعضِ العَقارِ الذي يُريدُ شِراءَه كالثَّوبِ مَثلًا يُؤجِّرُه ليَلبَسَه البائِعُ يَومًا بجُزءٍ شائِعٍ من العَقارِ الذي يُريدُ شِراءَه، ثم يَشتَريَ الباقيَ؛ لأنَّه لمَّا ملَّكَه منه جُزءًا شائِعًا صارَ شَريكًا له، وليس للشَّفيعِ فيه شُفعةٌ؛ لأنَّه ملَّكَه بالإجارةِ، ولا فيما اشتَراه بعدَ ذلك؛ لأنَّ الشَّريكَ أَوْلىٰ، وهذه الحِيلةُ لا تَدفعُ إلا الجارَ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ هُبيرةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختَلَفوا، هل يَجوزُ الاحتِيالُ لإسقاطِ الشُّفعةِ مِثلَ أنْ يَبيعَ سِلعةً مَجهولةً عندَ مَن يَرىٰ ذلك مُسقِطًا للشُّفعةِ، أو بأنْ يُقرَّ له ببعضِ المِلكِ ثم يَبيعَه الباقيَ.

فقالَ أَبو حَنيفةَ والشافِعيُّ: له ذلك. وقالَ مالِكٌ وأَحمدُ: ليس له ذلك[2].

وقالَ الحافِظُ ابنُ حَجرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقد اتَّفَقوا علىٰ أنَّ الاحتِيالَ لإسقاطِ الشُّفعةِ بعدَ وُجوبِها مَكروهٌ، وإنَّما الخِلافُ فيما قبلَ الوُجوبِ[3].

(1) «تبيين الحقائق» (5/ 261).
(2) «الإفصاح» (2/ 23).
(3) «فتح الباري» (12/ 331).

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فَصلٌ في الحِيلِ الدافِعةِ للشُّفعةِ:

منها: أنْ يَبيعَ الشِّقصَ بأَضعافِ ثَمنِه دَراهمَ ويأخُذَ عَرضًا قيمَتُه مِثلُ الثَّمنِ الذي تَراضَيا عليه عِوضًا عن الدَّراهمِ، أو يَحطَّ عن المُشترَي ما يَزيدُ عليه بعدَ انقِضاءِ الخيارِ.

ومنها: ما قالَه ابنُ سُرَيجٍ: يَشترَي أولًا بائعُ الشِّقصِ عَرضًا يُساوي ثَمنَ الشِّقصِ بأَضعافِ ذلك الثَّمنِ، ثم يَجعلُ الشِّقصَ عِوضًا عمَّا لزِمَه.

ومنها: أنْ يَبيعَ جُزءًا من الشِّقصِ بثَمنِ كلِّه، ويَهبَ له الباقيَ، وهذه الطُّرقُ فيها غَررٌ فقد لا يَفي صاحِبُه.

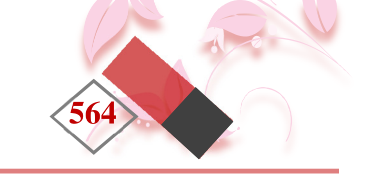
ومنها: أنْ يَجعلَ الثَّمنَ حاضِرًا مَجهولَ القَدرِ ويَقبِضَه البائعُ ولا يَزِنَه، بل يُنفِقُه أو يَخلِطُه فتَندفِعُ الشُّفعةُ علىٰ الصَّحيحِ، وفيها خِلافُ ابنِ سُرَيجٍ السابِقُ.

ومنها: إذا وقَفَ الشِّقصَ أو وهَبَه بطَلَت الشُّفعةُ علىٰ رأيِ أَبي إِسحاقَ.

ومنها: لو باعَ بعضَ الشِّقصِ ثم باعَ الباقيَ لم يَكُنْ للشَّفيعِ أنْ يأخُذَ جَميعَ المَبيعِ ثانيًا علىٰ أحدِ الوَجهَينِ، فيَندفِعَ أخْذُ جَميعِ المَبيعِ.

ومنها: لو وكَّلَ البائعُ شَريكَه بالبَيعِ فباعَ لم تَكُنْ له الشُّفعةُ علىٰ أحدِ الوَجهَينِ.

قُلتُ -**أي**: **النَّوويُّ**-: ومنها أنْ يَهبَ له الشِّقصَ بلا ثَوابٍ، ثم يَهبَ له صاحِبُه قَدرَ قيمَتِه، قالَ الشَّيخُ أَبو حامِدٍ: هذا لا غَرَرَ فيه؛ لأنَّه يُمكِنُه أنْ



يَحترِزَ من ألَّا يَفيَ صاحِبُه بأنْ يَهبَه ويَجعلَه في يَدِ أَمينٍ ليُقبضَه إياه، ويَهبَه صاحِبُه قَدرَ قيمَتِه ويَجعلَه في يَدِ أَمينٍ ليُقبِضَه إياه، ثم يَتقابَضا في حالةٍ واحِدةٍ، واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أعلَمُ.

فَرعٌ: عندَ أَبي يُوسفَ لا يُكرهُ دَفعُ الشُّفعةِ بالحِيلةِ؛ إذْ لَيسَ فيها دَفعُ حَقٍّ علىٰ الغيرِ، فإنَّه إنَّما يَثبُتُ بعدَ البَيعِ.

وعندَ مُحمدِ بنِ الحَسنِ يُكرهُ دَفعُ الشُّفعةِ بالحِيلةِ؛ لمَا فيها مِن إبقاءِ الضَّررِ، وهذا أشبَهُ بمَذهبِنا في الحِيلةِ في مَنعِ وُجوبِ الزَّكاةِ.

قُلتُ: عَجَبٌ مِن الإمامِ الرافِعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ! كيفَ قالَ ما قالَ مع أنَّ المَسألةَ مَسطورةٌ وفيها وَجهانِ:

أصَحُّهما: وبه قالَ ابنُ سُريجٍ والشَّيخُ أَبو حامِدٍ، تُكرهُ هذه الحِيلةُ.

والثاني: لا، قالَه أَبو حاتِمٍ القَزوينيُّ في كِتابِ «الحِيل».

أمَّا الحِيلُ في دَفعِ شُفعةِ الجارِ فلا كَراهةَ فيها قَطعًا، وفيها مِن الحِيلِ غيرُ ما سبَقَ (مَا) ذكَرَه المُتولِّي، أنَّه يَشتَري عُشرَ الدارِ مَثلًا بتِسعةِ أَعشارِ الثَّمنِ فلا يَرغبُ الشَّفيعُ لكَثرةِ الثَّمنِ، ثم يَشتَري تِسعةَ أَعشارِه بعُشرِ الثَّمنِ فلا يَتمكَّنُ الجارُ من الشُّفعةِ؛ لأنَّ المُشتَريَ حالةَ الشِّراءِ شَريكٌ في الدارِ، والشَّريكُ مُقدَّمٌ علىٰ الجارِ، أو يَخطُّ البائعُ علىٰ طَرفِ مِلكِه خَطًّا ممَّا يَلي دارَ جارِه، ويَبيعُ ما وَراءَ الخَطِّ فتَمتنِعُ شُفعةُ الجارِ؛ لأنَّ بينَ مِلكِه وبينَ المَبيعِ فاصِلًا، ثم يَهبُه الفاصِلَ، واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أعلَمُ[1].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 737، 738).

أَركانُ الشُّفعةِ وشُروطُها:

ذكَرَ الفُقهاءُ أنَّ للشُّفعةِ ثَلاثةَ أَركانٍ:

الرُّكنُ الأولُ: المَأخوذُ: وهو المَشفوعُ فيه (مَحلُّ الشُّفعةِ، وهو الشَّيءُ الذي يُريدُ الشَّفيعُ أنْ يَتملَّكَه بالشُّفعةِ) وهو الأرضُ والعَقارُ.

والرُّكنُ الثاني: الآخِذُ: (أي: الشَّفيعُ الذي له حَقُّ الشُّفعةِ).

والرُّكنُ الثالِثُ: المَأخوذُ منه: وهو المُشتَري الذي يَكونُ العَقارُ في حِيازتِه.

الرُّكنُ الرابعُ: في الأخذِ بالشُّفعةِ.

والصِّيغةُ إنَّما تَجبُ في التَّمليكِ[1].

ولكلِّ رُكنٍ من هذه الأَركانِ شُروطٌ.



(1) «مغني المحتاج» (3/ 320)، و«بداية المجتهد» (2/ 195).

الرُّكنُ الأولُ: المَأخوذُ:

وهو المَشفوعُ فيه (مَحلُّ الشُّفعةِ وهو الشَّيءُ الذي يُريدُ الشَّفيعُ أنْ يَتملَّكَه بالشُّفعةِ) وهو الأرضُ والعَقارُ.

الشُّفعةُ تَثبُتُ في أَشياءَ مُتَّفقٍ عليها بينَ الفُقهاءِ، كالشَّريكِ الذي له حِصةٌ شائِعةٌ في العَقارِ المَبيعِ ما لم يُقسَمْ يَثبتُ له حَقُّ الشُّفعةِ بالإجماعِ.

واختَلَفوا في الجارِ، هل يَثبُتُ له حَقُّ الشُّفعةِ، وكذا الشُّفعةُ في المَنفَعةِ هل تَثبُتُ أو لا؟

وكذا الشُّفعةُ في العُروضِ هل تَثبُتُ أو لا؟ علىٰ تَفصيلٍ بَيانُه فيما يَلي:

أولًا: الشُّفعةُ للشَّريكِ في العَقارِ الذي لم يُقسَمْ:

أجمَعَ أهلُ العِلمِ علىٰ أنَّه تَثبُتُ الشُّفعةُ للشَّريكِ الذي له حِصةٌ شائِعةٌ في حِصةِ شَريكِه من العَقارِ الذي لم يُقسَمْ، **لمَا رَواه جابرُ بنُ عبدِ اللهِ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: «**قَضىٰ رَسولُ اللهِ** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **بالشُّفعةِ في كلِّ شَركةٍ لم تُقسَّمْ رَبعةٍ أو حائِطٍ لا يَحلُّ له أنْ يَبيعَ حتىٰ يُؤذِنَ شَريكَه، فإنْ شاءَ أخَذَ وإنْ شاءَ ترَكَ، فإذا باعَ ولم يُؤذِنْه فهو أحَقُّ به**»[1].

وعن جابرٍ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن كانَت له شَركةٌ في أرضٍ أو رِباعٍ فليس له أنْ يَبيعَ حتىٰ يَستأذِنَ شَريكَه؛ فإنْ شاءَ أخَذَه، وإنْ شاءَ ترَكَه**»[2].

(1) أخرجه البخاري (2138)، ومسلم (1608).

(2) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (14403)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (22730).

قالَ الإمامُ أَبو بَكرِ بنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثبَتَ أنَّ رَسولَ اللهِ جعَلَ الشُّفعةَ في كلِّ مالٍ لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرُقُ فلا شُفعةَ.

وأجمَعَ أهلُ العِلمِ علىٰ إثباتِ الشُّفعةِ للشَّريكِ الذي لم يُقاسِمْ فيما بِيعَ من أَرضٍ أو دارٍ أو حائِطٍ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ بَطالٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدَما ذكَرَ حَديثَ جابرٍ: اتَّفقَ جَماعةُ الفُقهاءِ علىٰ القَولِ بهذا الحَديثِ، وأوجَبوا الشُّفعةَ للشَّريكِ في المَشاعِ من الرِّباعِ، وكلِّ ما تأخُذُه الحُدودُ وتَحتمِلُه القِسمةُ[2].

وقالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمَعَ العُلماءُ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ -في الدُّورِ والأَرضينَ والحَوانيتِ والرِّباعِ- كلَّها بينَ الشُّركاءِ في المَشاعِ من ذلك كلِّه، وأنَّها سُنةٌ مُجمَعٌ عليها يَجبُ التَّسليمُ لها[3].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمَعَ المُسلِمونَ علىٰ ثُبوتِ الشُّفعةِ للشَّريكِ في العَقارِ ما لم يُقسَمْ[4].

واتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ ما يُمكِنُ قِسمتُه من العَقارِ تَجوزُ الشُّفعةُ فيه، كالحَمَّامِ الكَبيرِ الواسِعِ في البُيوتِ بحيث إذا قُسِّم لم يُضَرَّ بالقِسمةِ، وأمكَنَ الانتِفاعُ به بكَونِه حَمَّامَينِ، فإنَّ الشُّفعةَ تَجبُ فيه، وكذلك البِئرُ متىٰ أمكَنَ

(1) «الإشراف» (6/ 152)، و«الإجماع» (509).
(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 376).
(3) «الاستذكار» (7/ 67).
(4) «شرح صحيح مسلم» (11/ 45).



أنْ يَحصُلَ من ذلك شَيئانِ كالبِئرِ تَنقسِمَ بِئرَينِ يَرتَقي الماءُ منهما وجَبَت الشُّفعةُ، وكذلك إنْ كانَ مع البِئرِ بَياضُ أرضٍ بحيث تَحصُلُ البِئرُ في أحدِ النَّصيبَينِ وجَبَت الشُّفعةُ أيضًا؛ لأنَّه يُمكنُ القَسمُ.

إلا أنَّ العُلماءَ اختَلَفوا فيما لا يُمكِنُ قِسمتُه أو بحيث إذا قُسِّم بطَلَت مَنفعتُه المَقصودةُ منه، كالحَمَّامِ الصَّغيرِ الذي لا تُمكِنُ قِسمتُه، وكالطَّريقِ الضَّيقِ الذي إذا قُسِّم لم يَحصُلْ منه طَريقانِ، هل تَصحُّ الشُّفعةُ فيه أو لا؟

فذهَبَ الإمامُ مالِكٌ في رِوايةٍ عنه والشافِعيةُ في الأصَحِّ والحَنابِلةُ في ظاهِرِ المَذهبِ إلىٰ أنَّه يُشترَطُ أنْ يَكونَ المَبيعُ الذي تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ ممَّا يُمكنُ قِسمتُه، فأمَّا ما لا يُمكنُ قِسمتُه من العَقارِ كالحَمَّامِ الصَّغيرِ والرَّحىٰ الصَّغيرةِ والعِضادةِ والطَّريقِ الضَّيقةِ بحيث إذا قُسِّمت لم يُصِبْ كلَّ واحدٍ منها طَريقًا، وكالعِراصِ الضَّيقةِ، فلا شُفعةَ في ذلك؛ لأنَّها تَبطُلُ مَنفَعتُها، فكلُّ ما لو قُسِّم بطَلَت مَنفَعتُه المَقصودةُ منه بألَّا يُنتفَعَ به بعدَ القِسمةِ من الوَجهِ الذي كانَ يُنتفَعُ به قبلَها كحَمَّامٍ ورَحًى صَغيرَينِ لا يُمكنُ تَعدُّدُهما لا شُفعةَ فيه.

وذلك لمَا رُويَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**لا شُفعةَ في فِناءٍ ولا طَريقٍ ولا مَنقَبةٍ**»[1]، والمَنقَبةُ الطَّريقُ الضَّيقُ بينَ دارَينِ لا يُمكنُ أنْ يَسلكَه أحدٌ، رَواه أبو الخَطابِ في رُؤوسِ المَسائلِ.

---

(1) رواه أبو عبيد في «غريب الحديث» (3/ 121).

ورُوِيَ عن عُثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قالَ: «لا شُفعةَ في بِئرٍ ولا فَحلٍ»[(1)].

ولأنَّ الحَديثَ: «إذا وقَعَت الحُدودُ، وصُرِفت الطُّرُقُ»، والحُدودُ إنَّما تَقعُ فيما يَقبلُ القِسمةَ، فإذًا تَقديرُ الحَديثِ: الشُّفعةُ في كلِّ شَيءٍ يَقبلُ القِسمةَ ما لم يُقسَمْ، ولأنَّ إثباتَ الشُّفعةِ فيما لا يَنقسِمُ يَضرُّ بالبائعِ؛ لأنَّه لا يُمكنُه أنْ يَتخلَّصَ من إثباتِ الشُّفعةِ في نَصيبِه بالقِسمةِ، وقد يَمتنِعُ المُشتَري لأجلِ الشَّفيعِ فيَتضرَّرُ البائعُ، وقد يَمتنِعُ البَيعُ فتَسقطُ الشُّفعةُ فيُؤدِّي إثباتُها إلىٰ نَفيِها.

ويُمكنُ أنْ يُقالَ: إنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَثبُتُ لدَفعِ الضَّررِ الذي يَلحَقُه بالمُقاسَمةِ؛ لِمَا يَحتاجُ إليه من إحداثِ المَرافقِ الخاصةِ، ولا يُوجدُ هذا فيما لا يَنقسِمُ[(2)].

---

(1) رواه مالك في «الموطأ» (1398)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (14428)، وابن أبي شيبة (22071).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 149، 150)، رقم (1002)، و«التاج والإكليل» (4/ 351، 352)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 164، 165)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 213، 214)، و«تحبير المختصر» (4/ 433)، و«الحاوي الكبير» (7/ 233)، و«البيان» (7/ 103، 104)، و«النجم الوهاج» (5/ 225)، و«مغني المحتاج» (3/ 321، 322)، و«الديباج» (2/ 412)، و«المغني» (5/ 181)، و«شرح الزركشي» (2/ 166)، و«المبدع» (5/ 207)، و«كشاف القناع» (4/ 169، 170)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 198)، و«الروض المربع» (2/ 131).

وذهَبَ الحَنفيةُ والإمامُ مالِكٌ في رِوايةٍ ثانيةٍ عنه والشافِعيةُ في مُقابِلِ الأصَحِّ والحَنابِلةُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ فيما يُقسَمُ كالدُّورِ والحَوانيتِ والقُرىٰ وما لا يُقسَمُ كالحَمَّامِ الصَّغيرِ والبِئرِ والرَّحىٰ؛ لأنَّها وُضِعت لإزالةِ الضَّررِ، ووُجودُه فيما لا يُقسَمُ أبلَغُ منه فيما يُقسَمُ، ولأنَّ النُّصوصَ المُوجِبةَ للشُّفعةِ لم تُفصِّلْ، فعَن جابرِ بنِ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قالَ: «**الشُّفعةُ في كلِّ شِركٍ في أرضٍ، أو رَبعٍ، أو حائِطٍ، لا يَصلُحُ أنْ يَبيعَ حتىٰ يَعرِضَ علىٰ شَريكِه، فيأخُذَ أو يَدعَ، فإنْ أبَىٰ فشَريكُه أحَقُّ به حتىٰ يُؤذِنَه**»[1]، إلىٰ غيرِ ذلك من العُموماتِ، ولأنَّ الشُّفعةَ سَببُها الاتِّصالُ في المِلكِ، والحِكمةُ دَفعُ ضَررِ سُوءِ الجِوارِ، وأنَّه يَنتظِمُ القِسمَينِ، ما يُقسَمُ وما لا يُقسَمُ، والضَّررُ فيما لا يُقسَمُ أبلَغُ منه فيما يُقسَمُ؛ لأنَّه يَتأبَّدُ ضَررُه فتَجوزُ الشُّفعةُ فيه؛ لأنَّ العِلةَ هي دَفعُ ضَررِ الشَّركةِ فيما يَدومُ، وكلٌّ من الضَّررَينِ حاصِلٌ قبلَ البَيعِ، ومن حَقِّ الراغِبِ فيه من الشَّريكَينِ أنْ يُخلِّصَ صاحِبَه منهما بالبَيعِ له، فإذا باعَ لغيرِه سلَّطَه الشَّرعُ علىٰ أخذِه منه: «**قَضىٰ رَسولُ اللهِ** صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **بالشُّفعةِ في كلِّ شَركةٍ لم تُقسَّمْ، رَبعةٍ أو حائِطٍ، لا يَحِلُّ له أنْ يَبيعَ حتىٰ يُؤذِنَ شَريكَه، فإنْ شاءَ أخَذَ وإنْ شاءَ ترَكَ، فإذا باعَ ولم يُؤذِنْه فهو أحَقُّ به**»[2][3].

(1) أخرجه مسلم (1608).

(2) أخرجه البخاري (2138)، ومسلم (1608).

(3) «الهداية» (4/ 34)، و«العناية» (13/ 483)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 391)، و«الاختيار» =

الشُّفعةُ في المِلكِ لا المَنفعةِ:

نَصَّ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في قَولٍ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَكونُ في المِلكِ لا في المَنفَعةِ، فإذا استأجَرَ رَجلانِ دارًا مُشترَكةً بينَهما ثم أرادَ أحدُهما أنْ يُؤجِّرَ نَصيبَه لآخَرَ جازَ، ولا شُفعةَ فيه؛ لأنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ في المِلكِ لا المَنافعِ.

قالَ الإمامُ الكاسانِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شُفعةَ له بدارٍ يَسكنُها بالإجارةِ والإعارةِ، ولا بدارٍ باعَها قبلَ الشِّراءِ ولا بدارٍ جعَلَها مَسجِدًا ولا بدارٍ جعَلَها وَقفًا، وقَضىٰ القاضِي بجَوازِه أو لم يَقضِ، علىٰ قَولِ مَن يُجيزُ الوَقفَ؛ لأنَّه زالَ مِلكُه عنها لا إلىٰ أحَدٍ[1].

وقالَ الشافِعيةُ: لا شُفعةَ إلا لشَريكٍ في رَقبةِ العَقارِ، فلا تَثبُتُ للجارِ ولا للشَّريكِ في غيرِ رَقبةِ العَقارِ، كالشَّريكِ في المَنفَعةِ فقط، كانَ مِلكُها بوَصيةٍ[2].



=

(2/ 51)، و«اللباب» (1/ 506)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 149، 150)، رقم (1002)، و«التاج والإكليل» (4/ 351، 352)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 164، 165)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 213، 214)، و«تحبير المختصر» (4/ 433)، و«الحاوي الكبير» (7/ 233)، و«البيان» (7/ 103، 104)، و«النجم الوهاج» (5/ 225)، و«مغني المحتاج» (3/ 321، 322)، و«الديباج» (2/ 412)، و«المغني» (5/ 181)، و«شرح الزركشي» (2/ 166)، و«المبدع» (5/ 207).

(1) «بدائع الصنائع» (5/ 14).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 322).

وذهَبَ الإمامُ مالِكٌ في رِوايةٍ عنه إلىٰ أنَّ الشَّركةَ تَثبتُ في المَنافعِ، فللشَّريكِ في المَنفَعةِ المُطالَبةُ بالشُّفعةِ.

قالَ الشَّيخُ عُليشٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا شُفعةَ لشَريكٍ في كِراءٍ، فإنِ اكتَرىٰ شَخصانِ دارًا مَثلًا ثم أكرَىٰ أحدُهما نَصيبَه من مَنفَعتِها فلا شُفعةَ فيه لشَريكِه علىٰ أحدِ قولَي الإمامِ مالِكٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وله الشُّفعةُ فيه علىٰ قَولِه الآخَرِ.

«ق» فيها لابنِ القاسِمِ إنِ اكتَرىٰ رَجلانِ دارًا بينَهما فلأَحدِهما أنْ يُكريَ حِصَّتَه منها، مالِكٌ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: لا شُفعةَ فيه لشَريكِه.

ابنُ ناجي: ما ذكَرَه من أنَّ لأَحدِهما أنْ يُكريَ حِصَّتَه لا خِلافَ فيه، وما ذكَرَه من عَدمِ الشُّفعةِ هو المَشهورُ.

وقالَ أشهَبُ وابنُ المَوَّازِ: له الشُّفعةُ.

ابنُ الحاجِبِ: وفي الثِّمارِ والكِتابةِ وإجارةِ الأرضِ للزَّرعِ قَولانِ، المُوضِحُ لم يُرِدْ خُصوصيةَ إجارةِ الأرضِ للزَّرعِ، بل أرادَ كلَّ كِراءٍ، والقَولانِ لمالِكٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، ومَذهبُ ابنِ القاسِمِ في «المُدوَّنة» سُقوطُها، وهو قَولُ عبدِ المَلكِ ومُطرِّفٍ والمُغيرةِ، وبوُجوبِها قالَ مُطرِّفٌ وأصبَغُ وأشهَبُ [1].

(1) «منح الجليل» (7/ 192، 193)، ويُنظَر: «المبسوط» (14/ 95)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 364)، و«مغني المحتاج» (3/ 322)، و«نهاية المحتاج» (5/ 226)، و«الإنصاف» (6/ 253)، و«كشاف القناع» (4/ 168)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 194).

ثانيًا: الشُّفعةُ للجارِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الجارِ، هل يَثبُتُ له حَقُّ الشُّفعةِ أو لا؟ بعدَ اتِّفاقِهم علىٰ أنَّها تَثبُتُ للشَّريكِ أولًا.

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه يُشترَطُ في الشُّفعةِ أنْ يَكونَ مَشاعًا غيرَ مَقسومٍ، فأمَّا الجارُ فلا شُفعةَ له لمَا رَواه جابِرُ بنُ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: «قَضىٰ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشُّفعةِ في كلِّ ما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ، وصُرِفت الطُّرقُ، فلا شُفعةَ»[1].

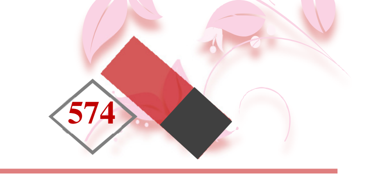
وفي لَفظٍ: «إنَّما الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ فلا شُفعةَ»[2].

ففي هذا الحَديثِ دَليلٌ علىٰ عَدمِ ثُبوتِ الشُّفعةِ للجارِ؛ لأنَّ قَولَ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا وقَعَت الحُدودُ فلا شُفعةَ»، فإنَّ الجارَ قد حدَّدَ مالَه مِن مالِ جارِه، ولا اشتِراكَ له معه، وهذا ضِدُّ قَولِ مَن قالَ بالشُّفعةِ للجارِ، وقَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ» يَنفي الشُّفعةَ في كلِّ مَقسومٍ.

فصَدرُ الحَديثِ إثباتُ الشُّفعةِ في غيرِ المَقسومِ ونَفيُها في المَقسومِ؛ لأنَّ كَلمةَ «إنَّما» لإثباتِ المَذكورِ ونَفيِ ما عَداه، وآخِرُه نَفيُ الشُّفعةِ عندَ وُقوعِ الحُدودِ وصَرفِ الطُّرقِ، والحُدودُ بينَ الجارَينِ واقِعةٌ والطُّرقُ مَصروفةٌ،

(1) أخرجه البخاري (2138)، و«مسلم» (1608).

(2) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (3514)، وابن ماجه (2499).



فكانَت الشُّفعةُ مَنفيةً، ولأنَّ الأخذَ بالشُّفعةِ تَملُّكُ مالِ المُشتَري من غيرِ رِضاه، وعِصمةُ مِلكِه، وكَونُ التَّملُّكِ إضرارًا يَمنعُ من ذلك، فكانَ يَنبَغي ألَّا يَثبُتَ حَقُّ الأخْذِ أَصلًا إلا أنَّا عَرَفنا ثُبوتَه فيما لم يُقسَمْ بالنَّصِّ غيرَ مَعقولِ المَعنىٰ، فبَقيَ الأمرُ في المَقسومِ علىٰ الأصلِ، أو ثبَتَ مَعلولًا بدَفعِ ضَررٍ خاصٍّ، وهو ضَررُ القِسمةِ؛ لكَونِه ضَررًا لازِمًا لا يُمكنُ دَفعُه إلا بالشُّفعةِ، فأمَّا ضَررُ الجِوارِ فليسَ بلازِمٍ، بل هو مُمكنُ الدَّفعِ بالرَّفعِ إلىٰ السُّلطانِ والمُقابَلةِ بنَفسِه، فلا حاجةَ إلىٰ دَفعِه بالشُّفعةِ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنَّ الشُّفعةَ ثَبتَت في مَوضعِ الوِفاقِ علىٰ خِلافِ الأَصلِ لمَعنًىٰ مَعدومٍ في مَحلِّ النِّزاعِ فلا ثبَتَت فيه، وبَيانُ انتِفاءِ المَعنىٰ هو أنَّ الشَّريكَ ربَّما دخَلَ عليه شَريكٌ فيَتأذَّىٰ به، فتَدعوه الحاجةُ إلىٰ مُقاسَمتِه، أو يُطالِبُ الداخِلُ بالمُقاسَمةِ فيَدخلُ الضَّررُ علىٰ الشَّريكِ بنَقصِ قيمةِ مِلكِه وما يَحتاجُ إلىٰ إِحداثِه من المَرافِقِ، وهذا لا يُوجدُ في المَقسومِ[1].

وقالَ الماوَرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ففي الحَديثِ دَليلانِ: **أَحدُهما:** قَولُه: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ» فكانَ دُخولُ الألِفِ واللَّامِ مُستوعِبًا لجِنسِ الشُّفعةِ، فلم تَجِبْ في المَقسومِ شُفعةٌ.

والثاني: قَولُه: «فإذا وقَعَت الحُدودُ فلا شُفعةَ»، فصرَّحَ بسُقوطِ الشُّفعةِ مع عَدمِ الخُلطةِ، فإنْ قيلَ: فإنَّما نَفَىٰ الشُّفعةَ عنه بالقِسمةِ الحادِثةِ بعدَه ففيه جَوابانِ:

(1) «المغني» (5/ 179)، **ويُنظَر:** «التمهيد» (7/ 48).

أَحدُهما: أنَّه مَحمولٌ علىٰ عُمومِ القِسمةِ حادِثةً ومُتقدِّمةً.

والثانِي: أنَّه إنَّما نَفَىٰ الشُّفعةَ عن المَقسومِ بما أثبَتَها في غيرِ المَقسومِ، فلمَّا أثبَتَها في غيرِ المَقسومِ بالبَيعِ دَلَّ علىٰ أنَّه نَفاها عن المَقسومِ بالبَيعِ، ورَوىٰ أبو داودَ عن أَحمدَ بنِ حَنبَلٍ عن عبدِ الرَّزاقِ عن مَعمرٍ عن الزُّهريِّ عن أَبي سَلمةَ عن جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: «إنَّما جعَلَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفعةَ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ فلا شُفعةَ»[1]، وهذا أَقوَىٰ استِدلالًا بالوَجهَينِ المَذكورَينِ من الأولِ؛ لأنَّ في قَولِه: «إنَّما» إثباتًا لمَا اتَّصلَ بها ونَفيًا لمَا انفَصَلَ عنها كقَولِه: «**إنَّما الأعمالُ بالنِّياتِ**»[2].

فإنْ قيلَ: إنَّما نَفَىٰ الشُّفعةَ بصَرفِ الطُّرقاتِ وهي للجارِ غيرُ مَصروفةٍ.

قيلَ: الطُّرقاتُ التي تُصرَّفُ بالقِسمةِ مُختَصةٌ باستِطراقِ المَشاعِ الذي يَستطرِقُه الشَّريكُ ليَصلَ له إلىٰ مِلكِه، فإذا وقَعَت به القِسمةُ انصرَفَ استِطراقُه من مِلكِ شَريكِه، فأمَّا غيرُه من الطُّرقاتِ المُستحَقةِ فلا تَنصرِفُ أبدًا، ورَوىٰ ابنُ جُريجٍ عن الزُّهريِّ عن أَبي سَلمةَ أو عن أَبي سَعيدٍ أو عنهما جَميعًا عن أَبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قالَ: قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إذا قُسِّمتِ الأرضُ وحُدَّت فلا شُفعةَ فيها**».

والدَّليلُ من طَريقِ القياسِ هو أنَّ تَمييزَ «المَبيعِ يَمنعُ» من وُجوبِ الشُّفعةِ فيه كاللذَينِ بينَهما طَريقٌ نافِذةٌ؛ لأنَّ المَبيعَ إذا لم يَكُنْ له حالٌ

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (3514)، وابن ماجه (2499).

(2) أخرجه البخاري (1).

تُترقَبُ فيها المُقاسَمةُ لم تَثبُتْ فيه الشُّفعةُ قياسًا علىٰ مَشاعِ الغِراسِ والأبنيةِ، ولأنَّ أُصولَ الشَّرعِ مُقرَّرةٌ علىٰ الفَرقِ بينَ أَحكامِ المالِ المُشترَكِ والمالِ غيرِ المُشترَكِ، ألَا ترىٰ أنَّ مَن أعتَقَ حِصةً له من عَبدٍ قُوِّمَ عليه باقيه ولا يُقوَّمُ عليه غيرُه، ولو أعتَقَ بعضَ عَبدِه عُتِقَ جَميعُه ولا يُعتَقُ غيرُه، ولو بدأ إصلاحَ بعضِ حائِطِه حُكِمَ بإصلاحِ جَميعِه ولا يُحكَمُ بإصلاحِ غيرِه، فكانَت شَواهِدُ هذه الأُصولِ تُوجِبُ في الشُّفعةِ إذا ثبتَت في الشَّركةِ أنْ تَنتَفيَ عن غيرِ الشَّركةِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وجَبَت لدَفعِ الضَّررِ بها لا لدُخولِ الضَّررِ فيها، وفي وُجوبِها للجارِ ضَررٌ داخِلٌ لتَقاعُدِه بالمالِكِ في بَدلِ النَّجشِ من الثَّمنِ؛ لتُثبتَ أنَّ غيرَه لا يُقدَّمُ علىٰ ابتياعِها مع عِلمِه بشُفعتِه، ولا يُوجدُ مِثلُ ذلك في المُشترَكِ؛ لأنَّ الشَّريكَ يَقدِرُ علىٰ دَفعِ هذا الضَّررِ بمُقاسمةِ شَريكِه، وما كانَ مَوضوعًا لرَفعِ الضَّررِ لم يَجزْ أنْ يَدخلَ فيه الضَّررُ؛ لأنَّ استِحقاقَ الشُّفعةِ في المُشترَكِ إنَّما هو لضَررٍ لا يَقدِرُ علىٰ دَفعِه، وهو مُؤنةُ القِسمةِ، وهذا المَعنىٰ مَعدومٌ في غيرِ المُشترَكِ[1].

وقالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ اللَّهُ: الشُّفعةُ بالجِوارِ لا تُستحَقُّ، خِلافًا لأَبي حَنيفةَ؛ لقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ فلا شُفعةَ**» ففيه ثَلاثةُ أدِلةٍ:

أحدُها: أنَّه أخبَرَ عن مَحلِّ الشُّفعةِ أنَّه فيما لم يُقسَمْ، فانتَفىٰ بذلك وُجوبُها في غيرِه.

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 228، 230).

والثانِي: دَليلُ الخِطابِ، وهو أنَّه لمَّا علَّقَها بغيرِ المَقسومِ دَلَّ علىٰ أنَّ المَقسومَ بخِلافِه.

والثالِثُ: نصُّه علىٰ سُقوطِها مع القِسمةِ.

ولأنَّه مِلكٌ مَحوزٌ بحُدودٍ، أصلُه إذا كانَ بينَهما طَريقٌ نافِذٌ، ولأنَّ كلَّ شُفعةٍ تُستحَقُّ بالشَّركةِ فإنَّها تَسقطُ مع القِسمةِ، أصلُه الدارُ تَكونُ بينَ ثَلاثةٍ، فإنَّ لكلِّ واحِدٍ منهم الشُّفعةَ فيما يَبيعُ شَريكُه، فإذا قَسَّموها وجُعلَ بابُ أحدِهم في الوَسطِ، وبابُ كلِّ واحِدٍ من الآخَرينَ في الطَّرفِ، ثم باعَ صاحِبُ الطَّرفِ، فإنَّ الشُّفعةَ لصاحِبِ الوَسطِ، ولا يَكونُ لصاحِبِ الطَّرفِ الآخَرِ شُفعةٌ فيما يَبيعُه صاحِبُ الطَّرفِ الآخَرِ، وقد كانَت له شُفعتُه في هذا المَبيعِ قبلَ القِسمةِ، وإنَّما سقَطَت بالقِسمةِ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ والإمامُ أَحمدُ في رِوايةٍ وهو اختيارُ شَيخِ الإسلامِ ابنُ تَيميةَ وابنُ القَيمِ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ للجارِ، وذلك لمَا رُويَ عن النَّبيِّ

---

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 131، 132)، رقم (988)، ويُنْظَر: «التمهيد» (7/ 46، 50)، و«الإشراف» لابن المنذر (6/ 152، 153)، و«شرح صحيح البخاري» (6/ 380)، و«بداية المجتهد» (2/ 193، 194)، و«شرح الزرقاني» (3/ 476)، و«الفواكه الدواني» (2/ 151)، و«البيان» (7/ 101، 102)، و«شرح صحيح مسلم» (11/ 46)، و«المبدع» (5/ 209)، و«كشاف القناع» (4/ 169)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (4/ 195، 196)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 106)، و«منار السبيل» (2/ 269)، و«الإفصاح» (2/ 20).



صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**الجارُ أحَقُّ بشُفعةِ جارِه، يُنتظَرُ بها، وإنْ كانَ غائبًا، إذا كانَ طَريقُهما واحِدًا**»(1)، وهذا نَصٌّ في البابِ.

وعنِ ابنِ عَباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «مَن كانَت له أرضٌ، فأرادَ بَيعَها فليَعرِضْها على جارِه»(2).

وعن سَمُرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**جارُ الدارِ أحَقُّ بدارِ الجارِ أو الأرضِ**»(3).

ولأنَّه مُتصلٌ بالبَيعِ فجازَ أنْ تُستحَقَّ به الشُّفعةُ كالخُلطةِ، ولأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وجَبَت تَخوُّفًا من سُوءِ عِشرةِ الداخِلِ عليه، وهذا قد يُوجدُ في الدارِ كوُجودِه في الخَليطِ، فاقتَضَىٰ أنْ تَجبَ الشُّفعةُ للجارِ كوُجوبِها للخَليطِ.

ولأنَّ حَقَّ الأَصيلِ -وهو الجارُ- أسبَقُ من حَقِّ الدَّخيلِ، وكلُّ مَعنًى اقتَضَىٰ ثُبوتَ الشُّفعةِ للشَّريكِ فمِثلُه في حَقِّ الجارِ، فإنَّ الناسَ يَتفاوَتونَ في الجِوارِ تَفاوُتًا فاحِشًا، ويَتأذَّىٰ بَعضُهم ببَعضٍ، ويَقعُ بينَهم من العَداوةِ ما هو مَعهودٌ، والضَّررُ بذلك دائِمٌ مُتأبِّدٌ، ولا يَندفِعُ ذلك إلا برِضا الجارِ، إنْ شاءَ أقَرَّ الدَّخيلَ علىٰ جِوارِه له وإنْ شاءَ انتزَعَ المِلكَ بثَمنِه واستَراحَ من مُؤنةِ المُجاورةِ ومَفسَدتِها.

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (3518)، وابن ماجه (2494)، وأحمد (14292).

(2) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه ابن ماجه (2493).

(3) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (3517)، والترمذي (1368).

وإذا كانَ الجارُ يَخافُ التأذِّيَ بالمُجاورةِ علىٰ وَجهِ اللُّزومِ كانَ كالشَّريكِ يَخافُ التأذيَ بشَريكِه علىٰ وَجهِ اللُّزومِ(1).

ورُويَ عن أبي رافِعٍ: أنَّ سَعدًا ساوَمَه بَيتًا بأربَعمِئةِ مِثقالٍ، فقالَ: لولا أنِّي سمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**الجارُ أحَقُّ بصَقبِه**» لمَا أعطَيتُك(2).

وعن إبراهيمَ بنِ مَيسَرةَ قالَ: سمِعتُ عَمرَو بنَ الشَّريدِ قالَ: جاءَ المِسورُ بنُ مَخرَمةَ فوضَعَ يَدَه علىٰ مَنكِبي، فانطَلَقت معه إلىٰ سَعدٍ فقالَ أَبو رافِعٍ للمِسورِ: ألَا تأمُرُ هذا أنْ يَشتَريَ مني بَيتي الذي في داري؟ فقالَ: لا أَزيدُه علىٰ أربَعمِئةٍ، إمَّا مُقطَّعةً وإمَّا مُنجَّمةً. قالَ: أُعطيتُ خَمسَمِئةٍ نَقدًا. فمنَعتُه، ولولا أنِّي سمِعتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «**الجارُ أحَقُّ بصَقَبِه**» ما بِعتُكَه أو قالَ: ما أعطَيتُكَه(3)، والصَّقبُ المُلاصِقُ، أي: أحَقُّ بما يَليه وبما يَقرُبُ منه، ورُويَ: «**الجارُ أحَقُّ بشُفعتِه**»، وهذا نَصٌّ في البابِ.

ففي هذا دَليلٌ علىٰ أنَّ مَن أرادَ بَيعَ مِلكِه فإنَّه يَنبَغي له أنْ يَعرضَه علىٰ جارِه لمُراعاةِ حَقِّ المُجاوَرةِ، قالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ما زالَ جِبريلُ يُوصيني بالجارِ حتىٰ ظَنَنتُ أنَّه سيُورِّثُه**»، ولأنَّه أقرَبُ إلىٰ حُسنِ العِشرةِ والتَّحرُّزِ عن الخُصومةِ والمُنازعةِ، فلهذا فعَلَه سَعدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وحَطَّ عنه من الثَّمنِ لتَحقيقِ هذا المَعنىٰ.

(1) «إعلام الموقعين» (2/ 146، 147).
(2) أخرجه البخاري (6577).
(3) أخرجه البخاري (6576).



ولأنَّ حَقَّ الشُّفعةِ بسَببِ الشَّركةِ إنَّما يَثبُتُ لدَفعِ أذَىٰ الدَّخيلِ وضَررِه، وذلك مُتوقَّعُ الوُجودِ عندَ المُجاوَرةِ، فوُرودُ الشَّرعِ هناك يَكونُ وُرودًا هنا دِلالةً، وتَعليلُ النَّصِّ بضَررِ القِسمةِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنَّ القِسمةَ ليسَت بضَررٍ، بل هي تَكميلُ مَنافعِ المِلكِ، وهي ضَررٌ غيرُ واجِبِ الدَّفعِ؛ لأنَّ القِسمةَ مَشروعةٌ، ولهذا لم تَجِبِ الشُّفعةُ بسَببِ الشَّركةِ في العُروضِ دَفعًا لضَررِ القِسمةِ.

وأمَّا قَولُهم: يُمكِنُ دَفعُ الضَّررِ بالمُقابَلةِ بنَفسِه والمُرافعةِ إلىٰ السُّلطانِ فنَقولُ: وقد لا يَندفِعُ بذلك، ولو اندفَعَ فالمُقابَلةُ والمُرافَعةُ في نَفسِها ضَررٌ، وضَررُ الجارِ السَّوءِ يَكثُرُ وُجودُه في كلِّ ساعةٍ فيَبقَىٰ في ضَررٍ دائِمٍ.

وأمَّا الحَديثُ فليسَ في صَدرِه نَفيُ الشُّفعةِ عن المَقسومِ؛ لأنَّ كَلمةَ «إنَّما» لا تَقتَضي نَفيَ غيرِ المَذكورِ، قالَ اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ: ﴿إِنَّمَآ أَنَا۠ بَشَرٞ مِّثۡلُكُمۡ﴾ [فُصِّلَتْ: 6]، وهذا لا يَنفي أنْ يَكونَ غيرُه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بَشرًا مِثلَه، وآخِرُه حُجةٌ عليه؛ لأنَّه علَّقَ عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ سُقوطَ الشُّفعةِ بشَرطَينِ، هما: وُقوعُ الحُدودِ وصَرفُ الطُّرقِ، والمُعلَّقُ بشَرطَينِ لا يُترَكُ عندَ وُجودِ أَحدِهما، وعندَه يَسقطُ بشَرطٍ واحِدٍ وهو وُقوعُ الحُدودِ وإنْ لم تُصرَّفِ الطُّرقُ، ثم هو مُؤوَّلٌ، وتأويلُه: فإذا وقَعَت الحُدودُ فتَبايَنَت وصُرِفت الطُّرقُ فتَباعَدَت فلا شُفعةَ، أو لا شُفعةَ مع وُجودِ مَن لم يَنفصِلْ حَدُّه وطَريقُه، فلا شُفعةَ بالقِسمةِ كما لا شُفعةَ بالرَّدِّ بخِيارِ الرُّؤيةِ؛ لأنَّ في القِسمةِ مَعنىٰ المُبادلةِ، فكانَ هذا مَوضعَ الإشكالِ، فأخبَرَ أنَّه لا شُفعةَ ليَزولَ الإشكالُ[1].

(1) «بدائع الصنائع» (5/ 4، 5)، و«المبسوط» (14/ 90، 91)، و«شرح مشكل الآثار» (4/ 120، 121)، و«الاختيارات» ص(243).

وقالَ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والقِياسُ الصَّحيحُ يَقتَضي هذا القَولَ، فإنَّ الاشتِراكَ في حُقوقِ المِلكِ شَقيقُ الاشتِراكِ في المِلكِ، والضَّررُ الحاصِلُ بالشَّركةِ فيها كالضَّررِ الحاصِلِ بالشَّركةِ في المِلكِ أو أقرَبُ إليه، ورَفعُه مَصلحةٌ للشَّريكِ من غيرِ مَضرةٍ علىٰ البائِعِ ولا علىٰ المُشتَري، فالمَعنىٰ الذي وجَبَت لأجلِه شُفعةُ الخُلطةِ في المِلكِ مَوجودٌ في الخُلطةِ في حُقوقِه، فهذا المَذهبُ أوسَطُ المَذاهبِ وأجمَعُها للأدَلةِ وأقرَبُها إلىٰ العَدلِ.

ومَن تأمَّلَ أَحاديثَ شُفعةِ الجِوارِ رآها صَريحةً في ذلك، وتبيَّنَ له بُطلانُ حَملِها علىٰ الشَّريكِ وعلىٰ حَقِّ الجِوارِ غيرِ الشُّفعةِ، وباللهِ التَّوفيقُ[1].

شُروطُ الشُّفعةِ بالجِوارِ وتَرتيبُ المُستَحقِّينَ في وُجوبِ الشُّفعةِ:

الحَنفيةُ كما تقدَّمَ يَرَوْن أنَّ الجِوارَ سَببٌ للشُّفعةِ، إلا أنَّهم لم يأخُذوا بالجِوارِ علىٰ عُمومِه، فليسَ كلُّ جارٍ يَستحِقُّ الشُّفعةَ، وتَرتيبُ المُستحِقِّينَ للجِوارِ كما يَلي:

الشُّفعةُ يَستحِقُّها الخَليطُ -الشَّريكُ- في المَبيعِ نَفسِه، وهو الذي لم يُقاسِمْ؛ لأنَّ الاتِّصالَ بالشَّركةِ أَقوىٰ؛ لأنَّه في كلِّ جُزءٍ.

ثم للخَليطِ، وهو الشَّريكُ الذي قاسَمَ وبَقيَت له شَركةٌ في حَقٍّ من حُقوقِ المَبيعِ كالشِّربِ، وهو النَّصيبُ من الماءِ، ومن الطَّريقِ، وليس للجارِ شُفعةٌ معه؛ لأنَّه شَريكٌ في المَرافقِ، ولأنَّه أخَصُّ بالضَّررِ من الجارِ.

فإنْ سلَّمَ الشَّريكُ في حَقِّ المَبيعِ أخَذَها الجارُ المُلاصِقُ، وهو الذي له

---

(1) «إعلام الموقعين» (2/ 150، 151).



حائِطٌ وللآخَرِ حائِطٌ ليسَ بينَ الحائِطَينِ مَمرٌّ لِضيقِ التِصاقِ الحائِطَينِ، حتىٰ لو كانَ بينَهما طَريقٌ نافِذٌ فلا شُفعةَ للجارِ.

والجارُ المُلاصِقُ يَكونُ أيضًا علىٰ وَجهَينِ:

1- يَكونُ بتَلاصُقِ ظَهرِ العَقارِ المَشفوعِ بظَهرِ العَقارِ المَشفوعِ به، ففي هذه الحالِ يَكونُ بابُ العَقارِ المَشفوعِ به علىٰ سِكةٍ أُخرىٰ، سَواءٌ أكانَتِ السِّكةُ الأُخرىٰ نافِذةً أو لم تَكُنْ كذلك.

2- يَكونُ بتَلاصُقِ الجَنبِ، يَعني بتَلاصُقِ الطَّرفِ اليَمينِ أو اليَسارِ، وذلك يَكونُ بابَ العَقارِ المَشفوعِ به، ويَكونُ بابُ العَقارِ المَشفوعِ علىٰ الطَّريقِ العامِّ، أمَّا إذا كانَ بابُ العَقارِ علىٰ طَريقٍ خاصٍّ كانَ كلٌّ منهما خَليطًا للآخَرِ في حَقِّ المَبيعِ، وكانَ جَميعُ أهلِ السِّكةِ شُفعاءَ، سَواءٌ أكانَ مُقابِلًا أو مُلاصِقًا، ويَظهَرُ من ذِكرِ (مُلاصِقٍ) مُطلَقًا، أنَّ المُلاصِقَ ولو بشِبْرٍ واحِدٍ من جِهةٍ واحِدةٍ يَشترِكُ مع المُلاصِقِ من ثَلاثِ جِهاتٍ في حَقِّ الشُّفعةِ، وكما أنَّ المُتصِلَ اتِّصالًا أَزيدَ من غيرِه لا يَحرِمُ الآخَرَ من الشُّفعةِ فليسَ له أنْ يأخُذَ حِصةً أزيدَ من المَشفوعِ.

أمَّا إذا كانَ مُحاذيًا وبينَهما طَريقٌ نافِذٌ فلا شُفعةَ له، وإنْ قرُبَتِ الأَبوابُ؛ لأنَّ الطَّريقَ الفارِقةَ بينَهما تُزيلُ الضَّررَ، فالمُعتبَرُ في الشُّفعةِ هو القُربُ واتِّصالُ أحدِ المِلكَينِ بالآخَرِ، وذلك في الجارِ المُلاصِقِ دونَ الجارِ المُحاذي، فإنَّ بينَ المِلكَينِ طَريقًا نافِذًا وهو يُزيلُ الضَّررَ.

وكذا لا تَثبُتُ للجارِ المُقابِلِ ولو كانَ البابُ قَريبًا من البابِ جِدًّا؛

لأنَّ الطَّريقَ العامَّ يُزيلُ الضَّررَ؛ لأنَّ سُوءَ المُجاوَرةِ لا يَتحقَّقُ إذا لم يَكُنْ مِلكُ أَحدِهما مُتصِلًا بمِلكِ الآخَرِ، ولا شَركةَ بينَهما في حُقوقِ المِلكِ.

وحَقُّ الأخذِ بالشُّفعةِ يَثبُتُ للجارِ المُلاصِقِ ليَترفَّقَ به من حيثُ تَوسُّعُ المِلكِ والمَرافقِ، وهذا في الجارِ المُلاصِقِ يَتحقَّقُ لإمكانِ جَعلِ إحدىٰ الدارَينِ من مَرافقِ الدارِ الأُخرىٰ، ولا يَتحقَّقُ ذلك في الجارِ المُقابِلِ؛ لعَدمِ إمكانِ جَعلِ إحدىٰ الدارَينِ من مَرافقِ الدارِ الأُخرىٰ بطَريقٍ نافِذٍ بينَهما.

لكنْ تَثبُتُ الشُّفعةُ للجارِ المُقابِلِ في الطَّريقِ الخاصِّ إذا كانَت الدُّورُ كلُّها في سِكةٍ غيرِ نافِذةٍ، تَثبُتُ الشُّفعةُ للكلِّ ليسَ لأنَّه مُقابِلٌ بل لأنَّه خَليطٌ، ولإمكانِ جَعلِ بعضِها من مَرافِقِ بعضٍ، بأنْ تُجعَلَ الدُّورُ كلُّها دارًا واحِدةً.

ثم لا بدَّ أنْ يَكونَ الطَّريقُ أو الشِّربُ خاصًّا حتىٰ يَستحِقَّ الشُّفعةَ بالشَّركةِ؛ فالطَّريقُ الخاصُّ: ألَّا يَكونَ نافِذًا، والشِّربُ الخاصُّ: ألَّا يَكونَ تَجري فيه السُّفنُ، وما تَجري فيه السُّفنُ فهو عامٌّ، **وهذا عندَ أَبي حَنيفةَ ومُحمدٍ، وعن أَبي يُوسفَ**: الخاصُّ أنْ يَكونَ نَهرًا ما يَسقي منه قَراحانِ أو ثَلاثةٌ، وما زادَ علىٰ ذلك فهو عامٌّ، فإنْ كانَت هناك سِكةٌ غيرُ نافِذةٍ يَتشعَّبُ منها سِكةٌ غيرُ نافِذةٍ وهي مُستطيلةٌ فبيعَت دارٌ في السُّفلىٰ فلأهلِها الشُّفعةُ خاصةً دونَ أهلِ العُليا، وإنْ بيعَت في العُليا فلأهلِ السِّكتَينِ، ولو كانَ هناك نَهرٌ صَغيرٌ يأخُذُ منه نَهرٌ أصغَرُ منه فهو علىٰ قياسِ الطَّريقِ. اهـ. لكنْ قالَ شَيخُنا: وعامَّةُ المَشايخِ علىٰ أنَّ الشُّركاءَ في النَّهرِ إنْ كانوا يُحصَونَ فصَغيرٌ، وإلا فكَبيرٌ[1].

(1) «المبسوط» (14/ 94، 96)، و«الهداية» (4/ 25)، و«العناية» (13/ 427)، =



ثالثًا: الشُّفعةُ في العُلوِّ والسُّفلِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو كانَت هناك بُيوتٌ في عِمارةٍ مَثلًا، أو بَيتٌ فيه أسفَلُ وأَعلىٰ، وأَرادَ أَحدُهما أنْ يَبيعَ بَيتَه، فهل لصاحِبِ العُلوِّ أو السُّفلِ منها حَقُّ الشُّفعةِ أو لا؟

قالَ الحَنفيةُ: إذا كانَ سُفلٌ لرَجلٍ وفَوقَه عُلوٌّ لغيرِه فباعَ صاحِبُ السُّفلِ سُفلَه فلصاحِبِ العُلوِّ الشُّفعةُ، ولو باعَ صاحِبُ العُلوِّ عُلوَّه فلصاحِبِ السُّفلِ الشُّفعةُ، فبعدَ ذلك إنْ كانَ طَريقُ العُلوِّ في السُّفلِ كانَ حَقُّ الشُّفعةِ بسَببِ الشَّركةِ في الطَّريقِ، وإنْ كانَ طَريقُ العُلوِّ في السِّكةِ العُظمىٰ كانَ حَقُّ الشُّفعةِ بسَببِ الجِوارِ؛ إذِ الجِوارُ إنَّما يُعرَفُ بالاتِّصالِ، والاتِّصالُ بينَ المِلكَينِ ثابِتٌ.

فإنْ لم يأخُذْ صاحِبُ العُلوِّ السُّفلَ بالشُّفعةِ حتىٰ انهَدَم العُلوُّ، فعَلى قَولِ أَبي حَنيفةَ وأَبي يُوسفَ: تَبطُلُ شُفعتُه، وعلى قَولِ مُحمدٍ: لا تَبطُلُ.

فوَجهُ قَولِ أَبي حَنيفةَ وأَبي يُوسفَ: أنَّ الشُّفعةَ ههنا إنَّما تَثبُتُ بالجِوارِ وإنَّما يُعرفُ بالاتِّصالِ، وقد زالَ الاتِّصالُ قبلَ قَبضِ الأخذِ بالشُّفعةِ فزالَ الجِوارُ، فتَبطُلُ شُفعتُه، كما لو باعَ الدارَ التي يَستحِقُّ بها الشُّفعةَ قبلَ الأخذِ بالشُّفعةِ.

=
و«الجوهرة النيرة» (3/ 382)، و«اللباب» (1/ 502)، و«مختصر الوقاية» (2/ 89)، و«درر الحكام» (2/ 677).

وَجهُ قَولِ مُحمدٍ: أنَّ استِحقاقَ الأخذِ بالشُّفعةِ ههنا بِسَببِ قَرارِ البِناءِ، لا بسَببِ عَينِ البِناءِ؛ لأنَّ البِناءَ مَنقولٌ، والشُّفعةُ لا تُستحَقُّ بالمَنقولِ، وحَقُّ القَرارِ ههنا باقٍ، فما يُستحَقُّ به الشُّفعةُ باقٍ.

ولو بِيعَ السُّفلُ والعُلوُّ مُتهدِّمٌ **فعلى قَولِ أَبي حَنيفةَ وأَبي يُوسفَ**: لا شُفعةَ لصاحِبِ العُلوِّ بِناءً علىٰ أنَّ عندَه حَقَّ الشُّفعةِ له بسَببِ البِناءِ.

وعلى قَولِ مُحمدٍ: له الشُّفعةُ؛ لأنَّ عندَه حَقَّ الشُّفعةِ له بسَببِ قَرارِ البِناءِ لا بسَببِ البِناءِ نَفسِه، وحَقُّ قَرارِ العُلوِّ باقٍ في البابِ الأولِ.

وإنْ كانَ السُّفلُ لرَجلٍ وعُلوُّه لآخَرَ فبِيعَت دارٌ بجَنبِها فالشُّفعةُ لهما، فإنِ انهَدَمت الدارُ قبلَ أخذِ الشُّفعةِ فالشُّفعةُ لصاحِبِ السُّفلِ عندَ أَبي يُوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعالىٰ؛ لقيامِ ما يُستحَقُّ به الشُّفعةُ وهو الأرضُ، ولا شُفعةَ لصاحِبِ العُلوِّ؛ لزَوالِ ما كانَ يُستحَقُّ به الشُّفعةُ.

وقالَ مُحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعالىٰ: الشُّفعةُ لهما؛ لأنَّ حَقَّه قائِمٌ أيضًا، فإنَّه يَبني العُلوَّ إذا بَنىٰ صاحِبُ السُّفلِ سُفلَه، وله أنْ يَبنيَ السُّفلَ بنَفسِه ثم يَبنيَ عليه العُلوَّ، ويَمنعَ صاحِبَ السُّفلِ عن الانتِفاعِ حتىٰ يُعطيَه حَقَّه.

ولو كانَ سُفلٌ بينَ رَجلَينِ عليه عُلوٌّ لأَحدِهما مُشترَكٌ بينَه وبينَ آخَرَ فباعَ هو السُّفلَ والعُلوَّ كانَ العُلوُّ لشَريكِه في العُلوِّ والسُّفلِ لشَريكِه في السُّفلِ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما شَريكٌ في المَبيعِ نَفسِه في حَقِّه، وجارٌ في حَقِّ الآخَرِ، أو شَريكٌ في الحَقِّ إذا كانَ طَريقُهما واحِدًا.





ولا شُفعةَ لشَريكِه في السُّفلِ في العُلوِّ، ولا لشَريكِه في العُلوِّ في السُّفلِ؛ لأنَّ شَريكَه في السُّفلِ جارُ العُلوِّ، وشَريكُه في حُقوقِ العُلوِّ، وإنْ كانَ طَريقُ العُلوِّ فيه ليسَ بشَريكٍ له في العُلوِّ، والشَّريكُ في عَينِ البُقعةِ أو ما هو في مَعنىٰ البُقعةِ مُقدَّمٌ علىٰ الجارِ والشَّريكِ في الحُقوقِ، وشَريكُه في العُلوِّ جارٌ للسُّفلِ أو شَريكُه في الحُقوقِ إذا كانَ طَريقُ العُلوِّ في تلك الدارِ، ولا شَركةَ له في عَينِ البُقعةِ، فكانَ الشَّريكُ في عَينِ البُقعةِ أَولىٰ[1].

وقالَ المالِكيةُ: لا شُفعةَ لمَن له حِملٌ علىٰ جِدارٍ إذا بِيعَ؛ لأنَّه غيرُ شَريكٍ، ولا لصاحِبِ عُلوٍّ علىٰ سُفلٍ، ولا لصاحِبِ سُفلٍ علىٰ عُلوٍّ لعَدمِ الشَّركةِ.

فإذا باعَ أحدُ شُركاءِ العُلوِّ والسَّقفِ لصاحِبِ السُّفلِ فلا شُفعةَ؛ لأنَّه بِناءٌ مُجدَّدٌ، وإنْ كانَ السَّقفُ للعُلوِّ فلا شُفعةَ لصاحِبِ السُّفلِ؛ لأنَّه مُجاوِرٌ لا شَريكٌ.

وهل لشُركاءِ العُلوِّ الشُّفعةُ لأنَّ السَّقفَ علىٰ مِلكِهم أو لا تَثبُتُ لأنَّه ليس أرضًا؟ وَجهانِ لهم[2].

وقالَ الشافِعيةُ: لا شُفعةَ في عُلوٍّ بلا سُفلٍ ثابتٍ كانَ باعَ شِقصًا من غُرفةٍ مَبنيةٍ علىٰ سَقفٍ لهما أو لأَحدِهما أو لغَيرِهما؛ إذْ لا قَرارَ له فهي كالمَنقولاتِ.

---

(1) «المبسوط» (14/ 132)، و«بدائع الصنائع» (5/ 9)، و«المحيط البرهاني» (7/ 491)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 164، 169).

(2) «الذخيرة» (7/ 313).

ولو كانَ السُّفلُ مُشترَكًا بينَ اثنَينِ والعُلوُّ لأَحدِهما فباعَ صاحِبُ العُلوِّ عُلوَّه مع نَصيبِه من السُّفلِ فالشُّفعةُ ثابِتةٌ في نَصيبِه من السُّفلِ فقط، لا في العُلوِّ؛ لأنَّ العُلوَّ لا شَركةَ فيه، ولا حَقَّ للشَّفيعِ فيه.

وكذا لو اشترَكا في أرضٍ فيها شَجرٌ لأَحدِهما فباعَه مع نَصيبِه منها، فالشُّفعةُ ثابِتةٌ في الأرضِ بحِصتِها من الثَّمنِ لا في الشَّجرِ لذلك[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: إنْ بِيعَت حِصةٌ من عُلوِّ دارٍ مُشترَكٍ -أي: العُلوِّ- وكانَ السَّقفُ الذي تحتَه لصاحِبِ السُّفلِ وَحدَه أو كانَ السَّقفُ لهما -أي: لصاحِبِ السُّفلِ والعُلوِّ- أو كانَ السَّقفُ لصاحِبِ العُلوِّ فلا شُفعةَ في العُلوِّ؛ لأنَّه بِناءٌ مُفردٌ، ولا شُفعةَ أيضًا في السَّقفِ؛ لأنَّه لا أرضَ له فهو كالأَبنيةِ المُفرَدةِ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: ويَحتمِلُ ثُبوتَ الشُّفعةِ؛ لأنَّ له قَرارًا فهو كالسُّفلِ.

وإنْ كانَ السُّفلُ مُشترَكًا بينَ اثنَينِ فأكثَرَ وكانَ العُلوُّ خالِصًا لأَحدِ الشَّريكَينِ فباعَ رَبُّ العُلوِّ نَصيبَه من السُّفلِ فللشَّريكِ الشُّفعةُ في السُّفلِ فقط دونَ العُلوِّ؛ لعَدمِ الشَّركةِ فيه[2].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 697)، و«النجم الوهاج» (5/ 224، 225)، و«مغني المحتاج» (3/ 321)، و«الديباج» (2/ 411، 412)، و«تحفة المحتاج» (7/ 108)، و«نهاية المحتاج» (5/ 224).

(2) «المغني» (5/ 180)، و«الإنصاف» (6/ 259، 260)، و«كشاف القناع» (4/ 171، 172)، و«مطالب أولي النهى» (4/ 110).

رابِعًا: الشُّفعةُ في العُروضِ والمَنقولِ والحَيوانِ:

ذهَبَ جَماهيرُ أهلِ العِلمِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلى أنَّ الشُّفعةَ لا تَثبتُ في العُروضِ كالمَنقولِ والحَيوانِ؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا شُفعةَ إلا في رَبعٍ أو حائِطٍ**» ولأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وجَبَت لدَفعِ ضَررِ سُوءِ الجِوارِ على الدَّوامِ، والمِلكُ في المَنقولِ لا يَدومُ حسَبَ دَوامِه في العَقارِ، فلا يَلحَقُ به، فإذا كانَ هناك عَرضٌ أو طَعامٌ أو حَيوانٌ بينَ اثنَينِ باعَ أَحدُهما حِصَّتَه لأجنَبيٍّ فإنَّ البَيعَ يَمضي للأجنَبيِّ، وليسَ للشَّريكِ أنْ يأخُذَ منه بالشُّفعةِ؛ إذْ لا شُفعةَ له فيه[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ اللَّهُ: واختَلَفوا في الشُّفعةِ في العُروضِ والحَيوانِ.

فقالَ أكثَرُ أهلِ العِلمِ: لا شُفعةَ فيه. هذا قَولُ عَطاءٍ، والحَسنِ البَصريِّ، وبه قالَ مالِكٌ، والثَّوريُّ، والأَوزاعيُّ، وعبدُ اللهِ بنُ الحَسنِ، وقَتادةُ، ورَبيعةُ، والشافِعيُّ، وأَحمدُ، وإِسحاقُ، وأَصحابُ الرأيِ.

وقالَ الحَكمُ وحَمَّادٌ: لا شُفعةَ في العَبدِ.

وقالَ عَطاءٌ مَرةً: الشُّفعةُ في كلِّ شَيءٍ حتى في الثَّوبِ، وقد اختُلفَ فيه عنه.

---

(1) «الهداية» (4/ 34)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 391، 392)، و«اللباب» (1/ 506)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 222).



قالَ أبو بكرٍ: بالقَولِ الأوَّلِ أقولُ، وليسَ في البابِ حَديثٌ صَحيحٌ يَجبُ القَولُ به[1].

قالَ الإمامُ ابنُ بَطَّالٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا بَيعُ العُروضِ مَشاعًا فأكثَرُ العُلماءِ علىٰ أنَّه لا شُفعةَ فيها، وإنَّما الشُّفعةُ في الدُّورِ والأرضِ خاصَّةً، هذا قَولُ عَطاءٍ والحَسنِ ورَبيعةَ والحَكمِ وحَمَّادٍ، وبه قالَ مالِكٌ والثَّوريُّ والكُوفيُّونَ والأَوزاعيُّ والشافِعيُّ وأحمدُ وإِسحاقُ، ورُويَ عن عَطاءٍ أنَّه قالَ: الشُّفعةُ في كلِّ شَيءٍ حتىٰ في الثَّوبِ. وإذا اختَلفَ فيها قَولُ عَطاءٍ فكأنَّه لم يَأتِ عنه فيها شَيءٌ، فهو كالإجماعِ أنَّه لا شُفعةَ في العُروضِ والحَيوانِ، قالَه ابنُ المُنذرِ[2].

وقالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شُفعةَ في العُروضِ والحَيوانِ، خِلافًا لمَن يُحكىٰ عنه ذلك؛ لقَولِه صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ**»، وقَولُه: «**إذا ضُرِبت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ فلا شُفعةَ**»، ولأنَّه ممَّا يُنقلُ ويُحوَّلُ كالذَّهبِ والفِضةِ[3].

وجاءَ في «المُدوَّنة الكُبرى» ما لا تَقعُ فيه الشُّفعةُ:

(قُلتُ): أرَأيتَ ما سِوىٰ الدُّورِ والأَرضينَ والنَّخلِ والشَّجرِ أفيه الشُّفعةُ في قَولِ مالِكٍ؟

---

(1) «الإشراف» (6/ 154، 155).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 335).

(3) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 141، 142)، رقم (995).



(قالَ): قالَ مالِكٌ: لا شُفعةَ إلا في الدُّورِ والأَرضينَ والنَّخلِ والشَّجرِ. (قيلَ): والشَّجرُ؟ (قالَ) الشَّجرُ بمَنزِلةِ النَّخلِ. (قالَ): وجعَلَ مالِكٌ في الثَّمرِ الشُّفعةَ؟ (قُلتُ): ولا شُفعةَ في دَينٍ ولا حَيوانٍ ولا سُفنٍ ولا بَزٍّ ولا طَعامٍ ولا في شَيءٍ من العُروضِ، ولا ساريةٍ ولا حَجرٍ ولا في شَيءٍ من الأَشياءِ سِوىٰ ما ذَكَرتَ لي، كانَ ممَّا يُقسَمُ أو مما لا يُقسَمُ في قَولِ مالِكٍ؟ (قالَ): نَعم لا شُفعةَ في ذلك، ولا شُفعةَ إلا فيما ذَكَرت لك[1].

وقالَ الإمامُ النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفَقوا علىٰ أنَّه لا شُفعةَ في الحَيوانِ والثِّيابِ والأَمتِعةِ وسائِرِ المَنقولِ، قالَ القاضِي: وشَذَّ بعضُ الناسِ فأثبَتَ الشُّفعةَ في العُروضِ، وهي رِوايةٌ عن عَطاءٍ، وتَثبُتُ في كلِّ شَيءٍ حتىٰ في الثَّوبِ، وكذا حَكاها عنه ابنُ المُنذرِ، وعن أحمدَ رِوايةٌ أنَّها تثبُتُ في الحَيوانِ والبِناءِ المُنفرِدِ[2].

وقالَ القاضِي العِمرانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأَشياءُ في الشُّفعةِ علىٰ ثَلاثةِ أَضرُبٍ، كما يَلي: ضَربٌ تَثبَت فيه الشُّفعةُ، سَواءٌ بِيعَ مُنفرِدًا، أو مع غيرِه، وضَربٌ لا تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ بحالٍ، وضَربٌ تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ تَبعًا لغيرِه، ولا تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ إذا بِيعَ مُنفرِدًا.

فأمَّا الضَّربُ الأولُ -وهو ما تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ إذا بِيعَ مُنفرِدًا، أو مع غيرِه-: فهو العِراصُ، مِثلَ: عَرصةِ الأرضِ والدارِ، فإذا باعَ أحدُ الشَّريكَينِ

(1) «المدونة الكبرىٰ» (14/ 402).
(2) شرح صحيح مسلم» (11/ 45، 46).



نَصيبَه فيها ثبَتَت لشَريكِه الشُّفعةُ فيه، وهو قولُ عامةِ العُلماءِ، إلا الأصَمَّ، فإنَّه قالَ: لا تَثبُتُ الشُّفعةُ بحالٍ؛ لأنَّ في ذلك إضرارًا بأَربابِ الأَملاكِ؛ لأنَّ المُشتَرِيَ متىٰ عَلِمَ بأنَّه يُؤخَذُ منه لم يَرغَبْ في الشِّراءِ، فيُؤدِّي ذلك إلىٰ الضَّررِ بالبائِعِ، وربَّما تقاعَدَ شَريكُه عن الشِّراءِ منه.

ودَليلُنا عليه: ما ذكَرناه من الأخبارِ، وما ذكَره فغيرُ صَحيحٍ؛ لأنَّا نُشاهِدُ الأَشقاصَ تُشتَرىٰ مع عِلمِ المُشتَرِي باستِحقاقِ الشُّفعةِ عليه.

وأمَّا الضَّربُ الثاني -وهو ما لا تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ بحالٍ-: فهو كلُّ ما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، مِثلَ: الطَّعامِ والثِّيابِ والعَبيدِ، فإذا باعَ أحدُ الشَّريكَينِ نَصيبَه في ذلك لم تَثبُتْ لشَريكِه فيه الشُّفعةُ، وبه قالَ عامةُ أهلِ العِلمِ.

وقالَ مالِكٌ: (تَثبُتُ الشُّفعةُ في جَميعِ ذلك)[1].

دَليلُنا قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت الحُدودُ، وصُرِفت الطُّرُقُ فلا شُفعةَ**» وهذا لا يَتناوَلُ ما يَنتقِلُ.

ورَوىٰ جابِرٌ: أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**لا شُفعةَ إلا في رَبعٍ، أو حائِطٍ**»، فنَفَىٰ الشُّفعةَ عن غيرِهما[2].

---

(1) هذا النَّقلُ عن الإمامِ مالِكٍ غيرُ صَحيحٍ، فقد قالَ الدّميريُّ المالكيُّ في «تحبير المختصر» (4/ 442): قولُه: (لا عرضَ) أي: فإنَّه لا شُفعةَ فيه كالحَيوانِ، وحَكىٰ بعضُ الشافِعيةِ عن مالِكٍ الشُفعةَ فيها، وهو مُنكَرٌ.

(2) «البيان» (7/ 99).



وقالَ المَواقُ المالِكيُّ: ابنُ حارِثٍ: اتَّفقوا في إِسقاطِ الشُّفعةِ في العُروضِ والأَمتِعةِ وما يُشبهُ ذلك[1].

وقالَ الإِمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأمَّا ما بِيعَ مُفرَدًا من الأرضِ فلا شُفعةَ فيه، سَواءٌ كانَ ممَّا يُنقَلُ كالحَيوانِ والثِّيابِ والسُّفنِ والحِجارةِ والزَّرعِ والثِّمارِ أو لا يُنقَلُ كالبِناءِ والغِراسِ إذا بِيعَ مُفرَدًا، وبهذا قالَ الشافِعيُّ وأَصحابُ الرأيِ، ورُويَ عن الحَسنِ والثَّوريِّ والأَوزاعيِّ والعَنبَريِّ وقَتادةَ ورَبيعةَ وإِسحاقَ: لا شُفعةَ في المَنقولاتِ.

واختُلفَ عن مالِكٍ وعَطاءٍ، فقالا مَرةً كذلك، ومَرةً قالا: الشُّفعةُ في كلِّ شَيءٍ حتىٰ في الثَّوبِ.

قالَ ابنُ أَبي موسىٰ: وقد رُويَ عن أَبي عبدِ اللهِ رِوايةٌ أُخرىٰ أنَّ الشُّفعةَ واجِبةٌ فيما لا يَنقسِمُ، كالحِجارةِ والسَّيفِ والحَيوانِ وما في مَعنىٰ ذلك.

قالَ أَبو الخَطابِ: وعن أَحمدَ رِوايةٌ أُخرىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَجبُ في البِناءِ والغِراسِ وإنْ بِيعَ مُفرَدًا، وهو قَولُ مالِكٍ؛ لعُمومِ قولِه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ**»، ولأنَّ الشُّفعةَ وُضِعت لدَفعِ الضَّررِ، وحُصولُ الضَّررِ بالشَّركةِ فيما لا يَنقسِمُ أبلَغُ منه فيما يَنقسِمُ، ولأنَّ ابنَ أَبي مُلَيكةَ رَوىٰ أنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**الشُّفعةُ في كلِّ شَيءٍ**».

ولنا: أنَّ قولَ النَّبيِّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وقَعَت**

(1) «التاج والإكليل» (4/ 359).



الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ فلا شُفعةَ» لا يَتناوَلُ إلا ما ذَكَرناه، وإنَّما أَرادَ ما لا يَنقسِمُ من الأرضِ بدَليلِ قَولِه: «**فإذا وقَعَت الحُدودُ وصُرِفت الطُّرقُ**»، ولأنَّ هذا ممَّا لا يَتَباقىٰ علىٰ الدَّوامِ فلا تَجبُ فيه الشُّفعةُ كصُبرةِ الطَّعامِ، وحَديثُ ابنِ أَبي مُلَيكةَ مُرسَلٌ، لم يَرِدْ في الكُتبِ المَوثوقِ بها، والحُكمُ في الغَرَّافِ والدُّولابِ والناعُورةِ كالحُكمِ في البِناءِ، فأمَّا إنْ بِيعَت الشَّجرةُ مع قَرارِها من الأرضِ مُفرَدةً يَتخلَّلُها من الأرضِ فحُكمُها حُكمُ ما لا يَنقسِمُ من العَقارِ، ولأنَّ هذا ممَّا لا يَنقسِمُ علىٰ ما سنَذكُرُه، ويَحتملُ أنَّه لا تَجبُ الشُّفعةُ فيها بحالٍ؛ لأنَّ القَرارَ تابعٌ لها، إذا لم تَجبِ الشُّفعةُ فيها مُفرَدةً لم تَجِبْ في تَبعِها[1].



(1) «المغني» (5/ 180).





الرُّكْنُ الثانِي: الآخِذُ: (أي: الشَّفيعُ الذي له حَقُّ الشُّفعةِ):

يُشترَطُ في الشَّفيعِ الآخِذِ شُروطٌ ذكَرَها الفُقهاءُ، وهي:

أولاً: أنْ يَكونَ مالِكًا لما يَشفَعُ فيه:

اشتَرَطَ الفُقهاءُ في الآخِذِ بالشُّفعةِ أنْ يَكونَ مالِكًا للعَقارِ المَشفوعِ به، فلا تَثبُتُ الشُّفعةُ إلا للشَّريكِ في رَقبةِ العَقارِ، فلا شُفعةَ للجارِ -**عندَ الجُمهورِ كما تقدَّمَ**- ولا للشَّريكِ في غيرِ رَقبةِ العَقارِ، كالشَّريكِ في المَنفعةِ فقط، وقد تقدَّمَ بَيانُ ذلك مُفصَّلًا كما في الرُّكنِ الأولِ.

ثانيًا: أنْ يَكونَ الشَّفيعُ مُسلمًا:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَجبُ للمُسلمِ علىٰ الذِّميِّ كوُجوبِها له علىٰ المُسلمِ، وتَجبُ للذِّميِّ علىٰ الذِّميِّ كوُجوبِها للمُسلمِ علىٰ المُسلمِ.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا: هل تَثبُتُ الشُّفعةُ للذِّميِّ علىٰ المُسلمِ أو لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ إلىٰ أنَّ المُسلمَ والذِّميَّ في استِحقاقِ الشُّفعةِ سَواءٌ، فالحُكمُ بالشُّفعةِ ليس خاصًّا بالمُسلمِ، بل للشَّريكِ مُطلَقًا ولو كانَ ذِميًّا، فإذا كانَ العَقارُ بينَ مُسلمٍ وذِميٍّ، فباعَ المُسلمُ حِصتَه لمُسلمٍ أو لذِميٍّ فلشَريكِه الذِّميِّ أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ؛ لعُمومِ قَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشَّريكُ شَفيعٌ**»[1] فعَمَّ، ولأنَّه حَقٌّ وُضعَ لإزالةِ

---

(1) حَديثٌ ضَعيفٌ: رواه الترمذي (1371).

الضَّـررِ فاستَوىٰ فيه المُسلمُ والكافِرُ كالرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّه مَعنًى يُستفادُ بالمِلكِ كالاستِخدام.

ولأنَّ ما جازَ أنْ يَملِكَ به المُسلمُ من المُعاوَضاتِ جازَ أنْ يَملكَ به الذِّميُّ كالبِياعاتِ، ولأنَّ مَن ملَكَ بالبَيعِ ملَكَ بالشُّفعةِ كالمُسلمِ، ولأنَّ الحُقوقَ المَوضوعةَ لدَفعِ الضَّررِ في العُقودِ يَستَوي فيها المُسلمُ والذِّميُّ كالرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّ ما تعلَّقَ بالشِّركِ مِن إزالةِ المِلكِ استَوىٰ فيه المُسلمُ والذِّميُّ قياسًا علىٰ عِتقِ الذِّميِّ شِركًا له في عَبدٍ[1].

وذهَبَ الحَنابِلةُ إلىٰ أنَّه لا يَثبُتُ للذِّميِّ علىٰ المُسلمِ شُفعةٌ؛ لمَا رُويَ عن أَنسٍ رَضَِاللَّهُعَنهُ مَرفوعًا: «**لا شُفعةَ لنَصرانيٍّ**»[2]، وهذا يَخصُّ عُمومَ ما احتَجُّوا به.

ولأنَّه مَعنًى يَختَصُّ بالعَقارِ فأشبَهَ الاستِعلاءَ في البُنيانِ، يُحقِّقُه أنَّ الشُّفعةَ إنَّما ثبَتَت للمُسلمِ دَفعًا للضَّررِ عن مِلكِه، فقُدِّمَ دَفعُ ضَررِه علىٰ دَفعِ

(1) «مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 244)، و«الهداية» (4/ 35)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 392)، و«اللباب» (1/ 507)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 140، 141)، رقم (994)، و«التاج والإكليل» (4/ 348)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 162)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 209)، و«تحبير المختصر» (4/ 428)، و«الحاوي الكبير» (7/ 302، 303)، و«البيان» (7/ 111، 112)، و«شرح صحيح مسلم» (11/ 46)، و«مغني المحتاج» (3/ 322).

(2) **منكر**: رواه الطبراني في «الصغير» (569)، وابن عدي (7/ 56، ترجمة 1985نائل بن نجيح)، وقال: أحاديثُه مُظلمةٌ جدًّا. والبيهقي (6/ 108).



ضَررِ المُشتَري، ولا يَلزمُ من تَقديمِ دَفعِ ضَررِ المُسلمِ علىٰ المُسلمِ تَقديمُ دَفعِ ضَررِ الذِّميِّ، فإنَّ حَقَّ المُسلمِ أرجَحُ، ورِعايَتَه أوْلىٰ، ولأنَّ ثُبوتَ الشُّفعةِ في مَحلِّ الإجماعِ علىٰ خِلافِ الأصلِ رِعايةً لحَقِّ الشَّريكِ المُسلمِ، وليسَ الذِّميُّ في مَعنىٰ المُسلمِ، فيَبقَىٰ فيه علىٰ مُقتَضىٰ الأصلِ، وتَثبُتُ الشُّفعةُ للمُسلمِ علىٰ الذِّميِّ؛ لعُمومِ الأدِلةِ المُوجِبةِ؛ لأنَّها إذا ثبَتَت في حَقِّ المُسلمِ علىٰ المُسلمِ علىٰ عِظمِ حُرمتِه ورِعايةِ حَقِّه فلأنْ تَثبُتَ علىٰ الذِّميِّ مع دَناءَتِه أوْلىٰ وأحرىٰ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: وتَثبُتُ للذِّميِّ علىٰ الذِّميِّ؛ لعُمومِ الأخبارِ، ولأنَّهما تَساوَيا في الدِّينِ والحُرمةِ فتَثبُتُ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ كالمُسلمِ علىٰ المُسلمِ، ولا نَعلَمُ في هذا خِلافًا[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ القَيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فَصلٌ: كُفارٌ مَمنوعونَ من الاستِيلاءِ علىٰ أَملاكِ المُسلِمينَ.

وحَقيقةُ الأمرِ أنَّ الكُفارَ مَمنوعونَ من الاستِيلاءِ علىٰ ما ثبَتَ للمُسلِمينَ فيه حَقٌّ من عَقارٍ أو رَقيقٍ أو زَوجةٍ مُسلِمةٍ أو إحياءِ مَواتٍ أو تَملكٍ بشُفعةٍ من مُسلمٍ؛ لأنَّ مَقصودَ الدَّعوةِ أنْ تَكونَ كَلمةُ اللهِ هي العُليا، وإنَّما أقَرُّوا بالجِزيةِ للضَّرورةِ العارِضةِ، والحُكمُ المُقيَّدُ بالضَّرورةِ مُقدَّرٌ بقَدرِها، ولهذا لم يَثبُتْ عن واحِدٍ من السَّلفِ لهم حَقُّ شُفعةٍ علىٰ مُسلمٍ،

(1) «المغني» (5/ 224)، و«الكافي» (2/ 453)، و«المبدع» (5/ 230)، و«كشاف القناع» (4/ 200)، و«منار السبيل» (2/ 267).

وأَخَذَ بذلك الإمامُ أَحمدُ، وهي من مُفرَداتِه التي برَزَ بها علىٰ الثّلاثةِ؛ لأنَّ الشِّقصَ يَملِكُه المُسلمُ إذا أوجَبْنا فيه شُفعةً لِذِميٍّ كُنا قد أوجَبْنا علىٰ المُسلمِ أنْ يَنقُلَ المِلكَ في عَقارِه إلىٰ كافرٍ بطَريقِ القَهرِ للمُسلمِ، وهذا خِلافُ الأُصولِ.

والشُّفعةُ في الأصلِ إنَّما هي من حُقوقِ أحدِ الشَّريكَينِ علىٰ الآخَرِ، بمَنزلةِ الحُقوقِ التي تَجبُ للمُسلمِ علىٰ المُسلمِ، كإجابةِ الدَّعوةِ وعِيادةِ المَريضِ، وكمَنعِه أنْ يَبيعَ علىٰ بَيعِ أَخيه أو يَخطُبَ علىٰ خِطبَتِه.

قالَ عبدُ اللهِ بنُ أَحمدَ: سألتُ أَبي عن الذِّميِّ اليَهوديِّ والنَّصرانِيِّ، لهم شُفعةٌ؟ قالَ: لا. قُلتُ: المَجوسيُّ؟ قالَ: ذاك أشَدُّ.

وقالَ حَربٌ: سألتُ أَحمدَ، قُلتُ: أَهلُ الذِّمةِ لهم شُفعةٌ؟ قالَ: لا.

وقالَ أَبو داودَ: سمِعتُ أَبا عبدِ اللهِ يُسألُ، للذِّميِّ شُفعةٌ؟ قالَ: لا.

وذلك نَقلُ أَبي طالبٍ وصالحٍ وأَبي الحارثِ والأثرَمِ كلِّهم عنه، ليسَ للذِّميِّ شُفعةٌ، زادَ أَبو الحارثِ «مع المُسلم».

قالَ الأثرَمُ: قيلَ له: لِمَ؟ قالَ: لأنَّه ليسَ له مِثلُ حَقِّ المُسلمِ. واحتُجَّ فيه.

قالَ الأثرَمُ: ثنا ابنُ الطَّباعِ ثنا هُشَيمٌ أخبرَنا الشَّيبانِيُّ عن الشَّعبيِّ أنَّه كانَ يَقولُ: ليسَ لِذِميٍّ شُفعةٌ.

وقالَ سُفيانُ عن حُمَيدٍ عن أَبيه: إنَّما الشُّفعةُ لمُسلمٍ، ولا شُفعةَ لِذِميٍّ.

وقالَ أَحمدُ: حدَّثَنا عبدُ الرَّحمنِ بنُ مَهديٍّ عن حَمَّادِ بنِ زَيدٍ عن لَيثٍ عن مُجاهدٍ أنَّه قالَ: ليسَ ليَهوديٍّ ولا لنَصرانيٍّ شُفعةٌ.

وقالَ الخَلَّالُ: أخبَرَني مُحمدُ بنُ الحَسنِ بنِ هارونَ قالَ: سُئلَ أَبو عبدِ اللهِ وأنا أَسمعُ عن الشُّفعةِ للذِّميِّ، قالَ: ليسَ للذِّميِّ شُفعةٌ، ليس له حَقُّ المُسلمِ.

أخبَرَني عِصمةُ بنُ عِصامٍ حدَّثَنا حَنبَلٌ قالَ: سمِعتُ أَبا عبدِ اللهِ قالَ: ليسَ ليَهوديٍّ ولا لنَصرانيٍّ شُفعةٌ، إنَّما ذلك للمُسلِمينَ بينَهم.

وقالَ في رِوايةِ إِسحاقَ بنِ مَنصورٍ: ليسَ لليَهوديِّ والنَّصرانيِّ شُفعةٌ. قيلَ: ولِمَ؟ قالَ: لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالَ: «**لا يَجتمِعُ دِينانِ في جَزيرةِ العَربِ**».

وهذا مَذهبُ شُرَيحٍ والحَسنِ والشَّعبيِّ.

واحتَجَّ الإمامُ أَحمدُ بثَلاثِ حُججٍ.

إِحداها: أنَّ الشُّفعةَ من حُقوقِ المُسلِمينَ بعضِهم علىٰ بعضٍ، فلا حَقَّ للذِّميِّ فيها، ونُكتةُ هذا الاستِدلالِ أنَّ الشُّفعةَ من حَقِّ المالِكِ لا من حَقِّ المِلكِ.

الحُجةُ الثانيةُ: قَولُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا تَبدَؤوا اليَهودَ والنَّصارىٰ بالسَّلامِ، وإذا لَقيتُموهم في طَريقٍ فاضطَرُّوهم إلىٰ أَضيَقِه**»[1].

(1) أخرجه مسلم (2167).

وتَقريرُ الاستِدلالِ من هذا أنَّه لم يَجعَلْ له حَقًّا في الطَّريقِ المُشتَرَكِ عندَ تَزاحُمِهم مع المُسلِمينَ، فكيف يجعَلُ لهم حَقًّا إلىٰ انتِزاعِ مِلكِ المُسلمِ منه قَهرًا؟ بل هذا تَنبيهٌ علىٰ المَنعِ من انتِزاعِ الأرضِ من يَدِ المُسلمِ وإخراجِه منها لحَقِّ الكافِرِ لنَفيِ ضَررِ الشَّركةِ عنه، وضَررُ الشَّركةِ علىٰ الكافِرِ أهوَنُ عندَ اللهِ من تَسليطِه علىٰ إزالةِ مِلكِ المُسلمِ عنه قَهرًا.

الدَّليلُ الثالِثُ: قَولُه صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يَجتمِعُ دِينانِ في جَزيرةِ العَربِ**»[1].

ووَجهُ الاستِدلالِ من هذا أنَّ النَّبيَّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكَمَ بإِخراجِهم من أرضِهم وبنَقلِها إلىٰ المُسلِمينَ؛ لتَكونَ كَلمةُ اللهِ هي العُليا، ويَكونَ الدِّينُ كلُّه للهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ، فكيف نُسلِّطُهم علىٰ انتِزاعِ أَراضي المُسلِمينَ منهم قَهرًا وإخراجِهم منها.

وأيضًا فالشُّفعةُ حَقٌّ يَختَصُّ بالعَقارِ، فلا يُساوي الذِّميُّ فيه المُسلمَ كالاستِعلاءِ في البُنيانِ، يُوضِّحُه أنَّ الاستِعلاءَ تَصرُّفٌ في هَواءِ مِلكِه المُختصِّ به، فإذا مُنعَ منه فكيف يُسلَّطُ علىٰ انتِزاعِ مِلكِ المُسلمِ به قَهرًا وهو مَمنوعٌ من التَّصرفِ في هَوائِه تَصرُّفًا يَستَعلي فيه علىٰ المُسلمِ؟ فأينَ هذا الاستِعلاءُ من استِعلائِه عليه بإِخراجِه من مِلكِه قَهرًا؟

وأيضًا فالشُّفعةُ وجَبَت لإزالةِ الضَّررِ عن الشَّفيعِ وإنْ كانَ فيها ضَررٌ بالمُشتَري، فإذا كانَ المُشتَري مُسلِمًا فسلَّطَ الذِّميَّ علىٰ انتِزاعِ مِلكِه منه قَهرًا كانَ فيه تَقديمُ حقٍّ للذِّميِّ علىٰ حَقِّ المُسلمِ، وهذا مُمتنِعٌ.

---

[1] رواه الإمام مالك في «الموطأ» موقوفًا ومرفوعًا (1584).

وأيضًا: فإنَّه يَتضمَّنُ مع إضرارِه بالمُسلمِ إضرارًا بالدِّينِ، وتَملُّكَ دارِ المُسلِمينَ منهم قَهرًا وشَغلَها بما يُسخِطُ اللهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ بدَلَ ما يُرضيه، وهذا خِلافُ قَواعدِ الشَّرعِ.

ولذلك حرَّمَ عليهم نِكاحَ المُسلِماتِ؛ إذْ كانَ فيه نَوعُ استِعلاءٍ عليهِنَّ، ولذلك لم يَجُزِ القِصاصُ بينَهم وبينَ المُسلِمينَ، ولا حَدُّ القَذفِ، ولا يُمكَّنونَ من تَملُّكِ رَقيقٍ مُسلِمٍ، وقد قالَ تَعالىٰ: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١﴾ [النِّسَاء: 141]، ومن أعظَمِ السَّبيلِ تَسليطُ الكافِرِ علىٰ انتِزاعِ أملاكِ المُسلِمينَ منهم وإخراجِهم منها قَهرًا، وقد قالَ تَعالىٰ: ﴿لَا يَسۡتَوِيٓ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ﴾ [الحَشر: 20]، وهذا يَقتَضي مُطلَقَ المُساواةِ بينَ المُسلمِ والكافِرِ، لا نَفيَ المُساواةِ المُطلَقةِ، فإنَّها مُنتفيةٌ عن كلِّ شَيئَينِ وإنْ تَماثَلا، وبهذه الآيةِ احتجَّ من نَفىٰ القِصاصَ بينَهم وبينَ المُسلِمينَ.

وأيضًا: فالذِّميُّ تَبَعٌ لنا في الدارِ، وليسَ بأصلٍ من أهلِ الدارِ، ولهذا عندَ الشافِعيِّ يُؤدِّي الجِزيةَ أُجرةً لمَكانِ السُّكنىٰ والتَّبسُّطِ في دارِ الإسلامِ، ولهذا متىٰ نقَضَ العَهدَ أُلحِقَ بمَأمَنِه وأُخرِجَ من دارِنا وأُلحِقَ بدارِه، فهو في دارِ الإسلامِ أُجريَ مُجرَىٰ الساكِنِ المُنتفِعِ لا مُجرىٰ الساكِنِ الحَقيقيِّ، وحَقُّ السُّكنَىٰ لا يَقوىٰ علىٰ انتِزاعِ الشِّقصِ من يَدِ مالِكِه، وقد قالَ تَعالىٰ: ﴿وَلَقَدۡ كَتَبۡنَا فِي ٱلزَّبُورِ مِنۢ بَعۡدِ ٱلذِّكۡرِ أَنَّ ٱلۡأَرۡضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ ٱلصَّٰلِحُونَ ١٠٥﴾ [الأنبيَاء: 105]، وقالَ النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ لليَهودِ: «**اعلَموا أنَّ الأرضَ للهِ ورَسولِه**» فعِبادُه الصالِحونَ هُم وارِثوها، وهُم المُلَّاكُ لها علىٰ الحَقيقةِ،

والكُفارُ فيها تَبعٌ يَنتَفِعونَ بها لضَرورةِ إبقائِهم بالجِزيةِ، فلا يُساوونَ المالِكينَ حَقيقةً، ولهذا منَعَهم كَثيرٌ من الأئمةِ من شِراءِ الأرضِ العُشريةِ؛ لمَا في ذلك من إسقاطِ حَقِّ المُسلمِ من العُشرِ الذي يَجبُ، فكيفَ يُسلَّطونَ علىٰ انتزاعِ أرضِ المُسلمِ وعَقارِه منه قهرًا.

وأيضًا: فلو كانوا مالِكينَ حَقيقةً مَا أوصىٰ النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بإخراجِهم من جَزيرةِ العَربِ وقالَ: «**لئِنْ عِشتُ لأُخرجنَّ اليَهودَ والنَّصارَىٰ من جَزيرةِ العَربِ**» هذا مع بَقائِهم علىٰ عَهدِهم وعَدمِ نَقضِهم له، فلو كانوا مالِكينَ لدُورِهم حَقيقةً لمَا أخرَجَهم منها ولم يَنقُضوا عَهدًا.

ولهذا احتَجَّ الإمامُ أحمدُ بذلك علىٰ أنَّه لا شُفعةَ لهم علىٰ مُسلمٍ، وهذا من ألطَفِ ما يَكونُ من الفَهمِ وأدَقِّ ما يَكونُ من الفِقهِ.

وأيضًا: الشُّفعةُ تَقفُ علىٰ مِلكٍ ومالِكٍ، فإذا اختَصَّت الشُّفعةُ بمِلكٍ دونَ مالِكٍ وهو العَقارُ دونَ غيرِه فأوْلىٰ أنْ تَختصَّ بمالِكٍ دونَ مالِكٍ، وهو المُسلمُ دونَ غيرِه، وهذا علىٰ أصلِ مَن يَقولُ: «الشُّفعةُ تَثبُتُ علىٰ خِلافِ القياسِ» ظاهِرٌ جِدًّا، فإنَّها تَسليطٌ علىٰ انتزاعِ مِلكِ الغيرِ منه قَهرًا لمَصلَحةِ الشَّفيعِ، فيَجبُ أنْ يَقتصِرَ بها علىٰ ما قامَ عليه الدَّليلُ وثبَتَ به الإجماعُ دونَ غيرِه.

وأمَّا نحن فليسَت الشُّفعةُ عندَنا علىٰ خِلافِ القِياسِ، ولكنَّ حِكمةَ الشارِعِ وقياسَ أُصولِه أوجَباها دَفعًا لضَررِ الشَّركةِ بحَسبِ الإمكانِ، وإذا كانَ البائِعُ قد رغِبَ عن الشِّقصِ ورَضيَ بالثَّمنِ فرَغبَتُه عنه لشَريكِه ليَدفعَ

عنه ضَررَ الشَّريكِ الدَّخيلِ أوْلىٰ، وهو يأخُذُ منه الثَّمنَ الذي يأخُذُه من الشَّريكِ ولا يَفوتُ عليه شَيءٌ.

فهذا مَحضُ قياسِ الأُصولِ، ولكنَّ هذا حَقٌّ للمُسلمِ علىٰ المُسلمِ، فلا حَقَّ للذِّميِّ فيه كسائرِ الحُقوقِ التي لأهلِ الإسلامِ بعضِهم علىٰ بعضٍ، وإذا كانَ كَثيرٌ من الفُقهاءِ يَمنَعونَ الذِّميَّ من التَّملُّكِ بالإحياءِ كعبدِ اللهِ بنِ المُبارَكِ والشافِعيِّ وأحمدَ في رِوايةٍ وكَثيرٍ من المالِكيةِ -مع أنَّ الإحياءَ لا يَتضمَّنُ انتِزاعَ مِلكِ مُسلمٍ منه- فلَأنْ يُمنعَ من انتِزاعِ أرضِ المُسلمِ وعَقارِه منه قَهرًا أَولىٰ وأَحرىٰ.

وأيضًا: فإذا مُنِعَ من مُشاركةِ المُسلمِ في تَجديدِ المِلكِ فيما هو مُشتَرَكٌ وفيه عِمارةٌ لدارِ الإسلامِ فأحرىٰ أنْ يُمنعَ من انتِزاعِ عَقارٍ ثَبَت عليه مِلكُ المُسلمِ واختَصَّ به، فإنَّ إزالةَ المِلكِ الخاصِّ وانتِزاعَه من المُسلمِ قَهرًا أشَدُّ ضَررًا من المُشاركةِ فيما هو مُشتَرَكٌ بينَ العُمومِ.

وليسَ مع المُوجِبينَ للشُّفعةِ نَصٌّ من كِتابِ اللهِ ولا من سُنةِ رَسولِ اللهِ ﷺ ولا من إجماعِ الأُمةِ، وغايةُ ما معهم إطلاقاتٌ وعُموماتٌ، كقَولِه: «قَضىٰ رَسولُ اللهِ ﷺ فيما لم يُقسَمْ»، وقَولِه: «مَن كانَ له شَريكٌ في رَبعةٍ أو حائِطٍ فلا يَحِلُّ أنْ يَبيعَ حتىٰ يُؤذِنَ شَريكَه»، ونَحوِ ذلك ممَّا لا يُعرَضُ فيه للمُستحِقِّ، وإنَّما سِيقَت لأحكامِ الأملاكِ لا لعُمومِ الأَملاكِ من أهلِ المِلةِ وغيرِها.

وليس معهم قياسٌ استوىٰ فيه الأَصلُ والفَرعُ في المُقتَضي للحُكمِ، فإنَّ قياسَ الكافِرِ علىٰ المُسلمِ من أفسَدِ القياسِ، وكذلك قياسُ بعضِهم من تَجبُ له الشُّفعةُ بمَن تَجبُ عليه من أفسَدِ القياسِ أيضًا، فإنَّ الذِّميَّ يَستحِقُّ عليه القِصاصَ ولا يَستحِقُّه هو علىٰ المُسلمِ، ويُستحَقُّ عليه حَدُّ القَذفِ ولا يَستحِقُّه، وكذلك المُطلَّقُ في مَرضِ المَوتِ يُستحَقُّ عليه المِيراثُ ولا يَستحِقُّه، وكذلك المُسلمُ يَستحِقُّ تَعليةَ البُنيانِ علىٰ الذِّميِّ ولا يَستحِقُّه الذِّميُّ عليه، والمُسلمُ يَستحِقُّ نِكاحَ الكافِرةِ وشِراءَ الرَّقيقِ الكافِرِ ولا يَستحِقُّ الذِّميُّ نِكاحَ المُسلمةِ ولا شِراءَ الرَّقيقِ المُسلمِ، والمُسلمُ يَستأجِرُ الكافِرَ للخِدمةِ دونَ العَكسِ.

وكذلك قياسُ بعضِهم الأَخذَ بالشُّفعةِ علىٰ الرَّدِّ بالعَيبِ من هذا النَّمطِ، فإنَّ الرَّد بالعَيبِ من بابِ استِدراكِ الظُّلامةِ وأخْذِ الجُزءِ الفائتِ الذي يُتركُ علىٰ الثَّمنِ في مُقابَلتِه، فأينَ ذلك من تَسليطِه علىٰ انتِزاعِ مِلكِ المُسلمِ منه قَهرًا واستيلائِه عليه؟

وكذلك قِياسُ بعضِهم ذلك علىٰ ثُبوتِ الخيارِ في البَيعِ هو مِن هذا الضَّربِ، فإنَّ الخيارَ إنْ كانَ خيارَ شَرطٍ فهو شَرطُه له علىٰ نَفسِه، وإنْ كانَ خيارَ مَجلسٍ فمَن لا يُثبِتُه كيفَ يَحتجُّ به؟ وإنْ ألزَمَ به مَن يُثبِتُه فهو يَفترِقُ عنه بأنَّ خيارَ المَجلسِ هو مُوجِبُ العَقدِ شَرعًا، فلا يَتخلَّفُ عن العَقدِ، كالحُلولِ والتَّقابُضِ والسَّلامةِ، وكذلك قياسُ بَعضِهم الأَخْذَ بالشُّفعةِ علىٰ التَّملُّكِ بالإِحياءِ، مع أنَّه تَملُّكٌ بغيرِ عِوضٍ يَرجعُ إلىٰ المُسلمينَ، فيُقالُ: مَن

الذي سلَّمَ الحُكمَ في هذه المَسألةِ وقد تنازَعَ فيها الفُقهاءُ قَديمًا وحَديثًا علىٰ أَحوالٍ أربَعةٍ؟

والمَقصودُ أنَّا إنْ قُلنا: لا يَملِكُ الذِّميُّ بالإِحياءِ، بطَلَ الاستِدلالُ به، وإنْ قُلنا: يَملكُ به، فالفَرقُ بينَه وبينَ تَملُّكِه بالشُّفعةِ من وُجوهٍ ثَلاثةٍ:

أَحدُها: أنَّه بالإِحياءِ لا يُنتزَعُ مِلكُ مُسلمٍ منه، بل يُحيِي مَواتًا لا حَقَّ فيه لأَحَدٍ يَنتفِعُ به فهو كتَملُّكِ المُباحاتِ من الحَطبِ والحَشيشِ والمَعادنِ وغيرِها.

الثاني: أنَّه ليسَ في إِحيائِه ضَررٌ علىٰ المُسلمِ ولا قَهرٌ وإِذلالٌ له، بخِلافِ تَسليطِه علىٰ إِخراجِه من دارِه وأَرضِه واستيلائِه هو عليها.

الثالِثُ: أنَّه بالإِحياءِ عامِرٌ للأَرضِ المَواتِ، وفي ذلك نَفعٌ له وللإِسلامِ، بخِلافِ قَهرِه للمُسلمِ وأَخْذِ أرضِه ودارِه منه وإِخراجِه منها، فقياسُ الأَخْذِ بالشُّفعةِ علىٰ الإِحياءِ باطِلٌ.

وعلىٰ هذا يُجابُ عن هذا القياسِ بالجَوابِ المُركَّبِ أنَّه إنْ لم يَكُنْ بينَ الإِحياءِ والأَخذِ بالشُّفعةِ فَرقٌ فالحُكمُ فيهما واحِدٌ، وهو عَدمُ المِلكِ بهما، وإنْ كانَ بينَهما فَرقٌ بطَلَ الالتِزامُ به، واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أعلَمُ[1].

---

(1) «أحكام أهل الذمة» (1/ 586، 600).

الركنُ الثالثُ: المأخوذُ منه: وهو المُشتري الذي يَكونُ العقارُ في حِيازَتِه:

يُشترَطُ في المَأخوذِ منه وهو المُشتَري للعَقارِ عِدةُ شُروطٍ ذكَرَها الفُقهاءُ:

أولاً: أنْ يَكونَ امتَلَكَ العَقارَ بعِوضٍ:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَثبُتُ للشَّريكِ القَديمِ في شَيءٍ ملَكَه الشَّريكُ الحادِثُ بمُعاوَضةٍ ماليةٍ كالبَيعِ وهِبةِ الثَّوابِ؛ لأنَّه أمكَنَ مُراعاةُ شَرطِ الشَّرعِ فيه، وهو التَّملُّكُ بمِثلِ ما تَملَّكَ به المُشتَري.

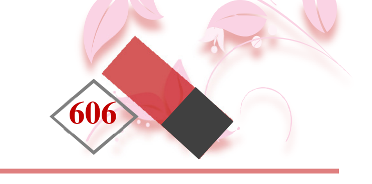
قالَ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وأمَّا المَشفوعُ عليه فإنَّهم اتَّفَقوا علىٰ أنَّه مَن انتقَلَ إليه المِلكُ بشِراءٍ من شَريكٍ غيرِ مُقاسِمٍ أو مِن جارٍ عندَ مَن يَرىٰ الشُّفعةَ للجارِ[1].

وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فأمَّا المُنتقِلُ بعِوضٍ فيَنقسِمُ إلىٰ قِسمَينِ، أحدُهما ما عوَّضَه المالُ كالبَيعِ، فهذا فيه الشُّفعةُ **بغيرِ خِلافٍ**، وهو في حَديثِ جابرٍ: «**فإنْ باعَ ولم يُؤذِنْه فهو أحَقُّ به**»[2]، وكذلك كلُّ عَقدٍ جَرىٰ مَجرىٰ البَيعِ كالصُّلحِ بمَعنىٰ البَيعِ، والصُّلحِ عن الجِناياتِ المُوجِبةِ للمالِ والهِبةِ المَشروطِ فيها الثَّوابُ المَعلومُ؛ لأنَّ ذلك بَيعٌ ثَبتَت فيه أَحكامُ البَيعِ، وهذا منها، وبه يَقولُ مالِكٌ والشافِعيُّ وأَصحابُ الرأيِ، إلا أنَّ أَبا حَنيفةَ

---

(1) «بداية المجتهد» (2/ 195).

(2) أخرجه البخاري (2138)، و«مسلم» (1608).



وأَصحابَه قالوا: لا تَثبُتُ الشُّفعةُ في الهِبةِ المَشروطِ فيها ثَوابٌ حتى يَتقابَضا؛ لأنَّ الهِبةَ لا تَثبُتُ إلا بالقَبضِ، فأشبَهَت البَيعَ بشَرطِ الخيارِ.

ولنا: أنَّه يَملِكُها بعِوضٍ هو مالٌ فلم يَفتقِرْ إلى القَبضِ في استِحقاقِ الشُّفعةِ كالبَيعِ، ولا يَصحُّ ما قالوه من اعتبارِ لَفظِ الهِبةِ؛ لأنَّ العِوضَ صرَفَ اللَّفظَ عن مُقتَضاه، وجعَلَه عِبارةً عن البَيعِ، خُصوصًا عندَهم، فإنَّه يَنعقِدُ بها النِّكاحُ الذي لا تَصحُّ الهِبةُ فيه بالاتِّفاقِ[1].

ما مُلك بغيرِ عِوضٍ:

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما مُلكَ بغيرِ عِوضٍ ماليٍّ كهِبةٍ بغيرِ ثَوابٍ أو صَدقةٍ أو وَصيةٍ أو إرثٍ هل تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ أو لا؟

فذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ في المَشهورِ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ إلى أنَّه لا تَثبُتُ الشُّفعةُ فيما مُلكَ بغيرِ عِوضٍ، فإذا كانَ عَقارًا بينَ اثنَينِ شَركةً ثم وهَبَ أحدُهما نَصيبَه لإنسانٍ آخَرَ أو تصدَّقَ به عليه فلا شُفعةَ له فيه؛ لأنَّ الآخِذَ بالشُّفعةِ يَملِكُ على المَأخوذِ منه بمِثلِ ما ملَكَ هو، فإذا انعدَمَ مَعنى المُعاوَضةِ فلو أخَذَ الشَّفيعُ فإمَّا أنْ يأخُذَ بالقيمةِ وإمَّا أنْ

---

(1) «المغني» (5/ 182)، ويُنْظَر: «بدائع الصنائع» (5/ 10، 11)، و«الاختيار» (2/ 51، 52)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 393)، و«اللباب» (1/ 507)، و«مختصر الوقاية» (2/ 92)، و«الفتاوى الهندية» (5/ 160)، و«روضة الطالبين» (3/ 702، 703)، و«النجم الوهاج» (5/ 228)، و«مغني المحتاج» (3/ 323)، و«تحفة المحتاج» (7/ 113، 114)، و«الكافي» (2/ 418).

يأخُذَ مَجانًا بلا عِوضٍ، لا سَبيلَ إلىٰ الأولِ لأنَّ المَأخوذَ منه لم يَملِكْه بالقيمةِ، ولا سَبيلَ إلىٰ الثاني؛ لأنَّ الجَبْرَ علىٰ التَّبرعِ ليسَ بمَشروعٍ، فامتنَعَ الأخْذُ أصلًا(1).

وذهَبَ الإمامُ مالكٌ في روايةٍ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَجبُ بكلِّ مِلكٍ انتقَلَ بعِوضٍ أو بغيرِ عِوضٍ، كالهِبةِ لغيرِ الثَّوابِ والصَّدقةِ، ما عَدا المِيراثَ فإنَّه لا شُفعةَ عندَ الجَميعِ فيه اتِّفاقًا، ودَليلُ وُجوبِ الشُّفعةِ في الهِبةِ لغيرِ الثَّوابِ والصَّدقةِ قَولُ النَّبيِّ ﷺ: «**الشُّفعةُ في كلِّ شِركٍ**»(2)، وقَولُه ﷺ: «**الشَّريكُ شَفيعٌ**»(3)، ولأنَّه ملَكَه باختيارِه فوجَبَ تعَلُّقُ الشُّفعةِ به كالبَيعِ، وبذلك فارَقَ المِيراثَ(4).

---

(1) «بدائع الصنائع» (5/ 10، 11)، و«الاختيار» (2/ 51، 52)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 393)، و«اللباب» (1/ 507)، و«مختصر الوقاية» (2/ 92)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 160)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 143، 144)، رقم (977)، و«المعونة» (2/ 230)، و«التاج والإكليل» (4/ 361)، و«بداية المجتهد» (2/ 195)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 170)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 224)، و«تحبير المختصر» (4/ 444)، و«روضة الطالبين» (3/ 702، 703)، و«النجم الوهاج» (5/ 228)، و«مغني المحتاج» (3/ 323)، و«تحفة المحتاج» (7/ 113، 114)، و«المغني» (5/ 182)، و«الكافي» (2/ 418)، و«الإفصاح» (2/ 26).

(2) أخرجه مسلم (1608).

(3) حديث ضعيف: رواه الترمذي (1371).

(4) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 143، 144)، رقم (977)، و«المعونة» (2/ 230)، و«التاج والإكليل» (4/ 361)، و«بداية المجتهد» (2/ 195)، و«شرح =

الشُّفعةُ فيما انتَقل بعِوضٍ غيرِ المالِ (أنْ يكونَ في مَهرٍ أو خُلعٍ أو صُلحٍ عن دَمٍ):

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما انتقَلَ بِعوضٍ غيرِ المالِ، نَحوَ أنْ يَجعلَ نَصيبَه الشِّقصَ من العَقارِ مَهرًا لِزَوجَتِه أو يَكونَ الشِّقصُ عِوضًا في الخُلعِ أو في الصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ، هل تَثبُتُ فيه الشُّفعةُ أو لا؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا تَجبُ فيه الشُّفعةُ.

قالَ الحَنفيةُ: لا شُفعةَ في الدارِ التي يَتزوَّجُ الرَّجلُ عليها أو الدارِ التي يُخالِعُ المَرأةَ بها أو يَستأجِرُ بها دارًا أو غيرَها، أو يُصالِحُ بها عن دَمِ عَمدٍ، أو يُعتِقُ عليها عَبدًا؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَجبُ في مُبادلةِ المالِ بالمالِ، وهذه الأَعواضُ ليسَت بأَموالٍ، فإيجابُ الشُّفعةِ فيها خِلافُ المَشروعِ وقَلبٌ للمَوضوعِ.

ولأنَّ تَقوُّمَ مَنافعِ البُضعِ في النِّكاحِ وغيرِها بعَقدِ الإجارةِ ضَروريٌّ فلا يَظهَرُ في حَقِّ الشُّفعةِ، وكذا الدَّمُ والعِتقُ غيرُ مُتقوَّمٍ؛ لأنَّ القيمةَ ما يَقومُ مَقامَ غيرِه في المَعنىٰ الخاصِّ المَطلوبِ، ولا يَتحقَّقُ فيهما، ومِثلُ هذا إذا تَزوَّجَها بغيرِ مَهرٍ ثم فرَضَ لها الدارَ مَهرًا؛ لأنَّه بمَنزلةِ المَفروضِ في العَقدِ في كَونِه مُقابِلًا بالبُضعِ، بخِلافِ ما إذا باعَها بمَهرِ المِثلِ أو بالمُسمَّىٰ؛ لأنَّه مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ.

= مختصر خليل» (6/ 170)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 224)، و«تحبير المختصر» (4/ 444).

ولو تَزوَّجَها علىٰ دارٍ علىٰ أنْ تَردَّ عليه ألفًا فلا شُفعةَ في جَميعِ الدارِ **عندَ أبي حَنيفةَ** رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ مَعنىٰ البَيعِ فيه تابعٌ، ولا شُفعةَ في الأَصلِ فكذا في التَّبعِ، ولأنَّ الشُّفعةَ شُرِعت في المُبادَلةِ الماليةِ المَقصودةِ، حتىٰ إنَّ المُضارِبَ إذا باعَ دارًا وفيها رِبحٌ لا يَستحِقُّ رَبُّ المالِ الشُّفعةَ في حِصةِ الرِّبحِ لكَونِه تابعًا فيه.

وقالَ أبو يُوسفَ ومُحمدٌ: تَجبُ في حِصةِ الألفِ؛ لأنَّه مُبادَلةٌ ماليةٌ في حَقِّه.

وكذا لا شُفعةَ في دارٍ إنْ صالَحَ عنها بإنكارٍ، فإنْ صالَحَ عليها بإقرارٍ وجَبَت الشُّفعةُ؛ لأنَّه إذا صالَحَ عنها بإنكارٍ بَقيَت الدارُ في يَدِه، فهو يَزعمُ أنَّها لم تَزُلْ عن مِلكِه، وكذا إذا صالَحَ عنها بسُكوتٍ؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّه بذَلَ المالَ افتِداءً ليَمينِه وقَطعًا لشَغبِ خَصمِه، كما إذا أنكَرَ صَريحًا، بخِلافِ ما إذا صالَحَ عنها بإقرارٍ؛ لأنَّه مُعترِفٌ بالمِلكِ للمُدَّعي وإنَّما استَفادَه بالصُّلحِ فكانَ مُبادَلةً ماليةً، أمَّا إذا صالَحَ عليها بإقرارٍ أو سُكوتٍ أو إنكارٍ وجَبَت الشُّفعةُ في جَميعِ ذلك؛ لأنَّه أخَذَها عِوضًا عن حَقِّه في زَعمِه إذا لم يَكُنْ مِن جِنسِه فيُعامَلُ بزَعمِه[1].

وقالَ الحَنابِلةُ في المَذهبِ: لا شُفعةَ فيما عِوَضُه غيرُ المالِ كالصَّداقِ وعِوضِ الخُلعِ والصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ، نَحوَ أنْ يَجعلَ الشِّقصَ مَهرًا أو عِوضًا في الخُلعِ أو في الصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ؛ لأنَّه مَملوكٌ بغيرِ مالٍ، أشبَهَ

(1) «المبسوط» (5/ 78)، و«بدائع الصنائع» (5/ 11)، و«الهداية» (4/ 35، 36)، و«العناية» (13/ 486)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 393، 394)، و«اللباب» (1/ 507، 508).

المَوهوبَ والمَوروثَ، ولأنَّه يَمتنِعُ بمَهرِ المِثلِ وبالقيمةِ؛ لأنَّها ليسَت عِوضَ الشِّقصِ، فلا يَجوزُ الأخْذُ بها كالمَوروثِ فيتعَذَّرُ أخْذُه، ولأنَّه ليسَ له عِوضٌ يُمكنُ الأخذُ به، فأشبَهَ المَوهوبَ والمَوروثَ، وفارَقَ البَيعَ فإنَّه أمكَنَ الأخْذُ بعِوضِه[1].

وذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ فيما مُلكَ بمُعاوَضةٍ مَحضةٍ كالبَيعِ، أو غيرِ مَحضةٍ كالمَهرِ وعِوضِ خُلعٍ وصُلحِ دَمٍ.

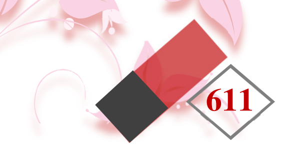
قالَ المالِكيةُ: كلُّ شِقصٍ مُلكَ بعِوضٍ ففيه الشُّفعةُ إلا أنْ يَعرِضَ ما يَقطَعُها بأيِّ نَوعٍ كانَ من التَّمليكاتِ، من بَيعٍ أو إجارةٍ أو خُلعٍ أو مَهرٍ أو صُلحٍ من أَرشِ جِنايةٍ أو قيمةِ مُتلَفٍ أو دَمِ عَمدٍ أو خَطأٍ أو غيرِ ذلك من أَنواعِ المُعاوَضاتِ؛ لعُمومِ قَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشَّريكُ شَفيعٌ**»، وقَولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ**» ولم يُفرِّقْ، ولأنَّه نَوعُ مُعاوَضةٍ يُملَكُ به ما تَجبُ فيه الشُّفعةُ فجازَ أنْ تُستحَقَّ به الشُّفعةُ كالبَيعِ.

إنَّما قُلنا: إنَّ الشُّفعةَ واجِبةٌ في أَنواعِ المُعاوَضاتِ لاتِّفاقِهم علىٰ ذلك في البَيعِ، فكانَ كلُّ عِوضٍ بمَثابتِه، وقُلنا: إنَّ الشُّفعةَ في النِّكاحِ والخُلعِ؛ لأنَّ النِّكاحَ نَوعُ مُعاوَضةٍ، فإذا مُلكَ به ما يَجبُ فيه الشُّفعةُ جازَ أنْ يُستحَقَّ كالبَيعِ.

وإذا وجَبَت الشُّفعةُ في المَهرِ فإنَّها تُؤخَذُ بقيمةِ الشِّقصِ؛ لأنَّ ذلك أعدَلُ بينَ الشَّفيعِ والمَرأةِ.

---

(1) «المغني» (5/ 182، 183)، و«الكافي» (2/ 418)، و«المبدع» (5/ 204)، و«الإنصاف» (6/ 252، 253)، و«كشاف القناع» (4/ 167، 168).



ويُؤخذُ الشِّقصُ في الصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ بقيمَتِه، وعن دَمِ الخَطأِ بالدِّيةِ؛ لأنَّ الواجِبَ بالعَمدِ القَودُ، وإنَّما تَجبُ الدِّيةُ بالتَّراضي أو بتَعذُّرِ القَودِ، وليسَ كذلك الخَطأُ؛ لأنَّ الواجِبَ به الدِّيةُ، والشِّقصُ بَدلٌ منها[1].

وقالَ الشافِعيةُ: تَثبتُ الشُّفعةُ فيما مُلكَ بمُعاوَضةٍ مَحضةٍ كالبَيعِ نَصًّا، وغيرِ مَحضةٍ كمَهرٍ وعِوضِ خُلعٍ وعِوضِ صُلحِ دَمٍ في جِنايةِ العَمدِ، فإنْ كانَت خَطأً أو شِبهَ عَمدٍ فالواجِبُ فيها إنَّما هو الإبِلُ، والمُصالَحةُ عنها باطِلةٌ على الأصَحِّ؛ لجَهالةِ صِفاتِها.

وكذا الصُّلحُ عن المالِ، فإنَّه تَثبُتُ الشُّفعةُ فيه قَطعًا وكذا أُجرةٌ؛ لأنَّه يَصحُّ الاعتِياضُ عنها، ورَأسُ مالِ سَلمٍ فإنَّه في مَعناه، فإنِ اشتَرى شِقصًا ثم قايَلَ البائِعَ فكما لو باعَه[2].

البَيعُ إذا كانَ فيه خِيارٌ:

إذا كانَت دارٌ بينَ اثنَينِ فباعَ أَحدُهما نَصيبَه لآخَرَ بشَرطِ الخيارِ **فقد اتَّفقَ الفُقهاءُ** على أنَّ الخيارَ إذا كانَ للبائِعِ وَحدَه أو للبائِعِ والمُشتَري مَعًا فلا تَجبُ الشُّفعةُ حتى يَجبَ البَيعُ، فليسَ للشَّريكِ أنْ يأخُذَ الشِّقصَ بالشُّفعةِ حتى يَنقَضيَ الخيارُ؛ لأنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ عندَ زَوالِ مِلكِ البائِعِ عن

(1) «المعونة» (2/ 230، 231)، و«الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (3/ 137، 138)، رقم (992).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 703)، و«النجم الوهاج» (5/ 229، 230)، و«كنز الراغبين» (3/ 106)، و«مغني المحتاج» (3/ 324)، و«الديباج» (2/ 413)، و«تحفة المحتاج» (7/ 114)، و«نهاية المحتاج» (5/ 227).



المَبيعِ، وخيارُه يَمنعُ زَوالَ المَبيعِ عن مِلكِه، إلا أنْ يُسقِطَ البائعُ الخيارَ.

قالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتَّفقَ العُلماءُ علىٰ أنَّ المَبيعَ الذي بالخيارِ أنَّه إذا كانَ الخيارُ فيه للبائعِ أنَّ الشُّفعةَ لا تَجبُ حتىٰ يَجبَ البَيعُ[1].

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا فيما لو كانَ الخيارُ للمُشتَري وَحدَه، هل تَثبُتُ الشُّفعةُ أو لا بدَّ من وُجوبِ البَيعِ؟

فذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ في مُقابِلِ الأظهَرِ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّه لا تَثبُتُ الشُّفعةُ قبلَ انقِضاءِ مُدةِ الخيارِ وقبلَ إبرامِ العَقدِ؛ لأنَّه مَبيعٌ فيه الخيارُ فلم تَثبُتْ فيه الشُّفعةُ، كما لو كانَ الخيارُ للبائعِ، ولأنَّ العَقدَ لا يَتمُّ ما دامَ الخيارُ باقيًا، والشُّفعةُ إنَّما تَجبُ بعدَ تَمامِ البَيعِ، ولأنَّ أَحكامَ العَقدِ المُتضمِّنِ للخيارِ لا تَختلِفُ بكَونِه للبائعِ أو للمُشتَري، بدَليلِ أنَّه لا يَستحِقُّ فيه النَّقدَ ولا يُمكنُ التَّصرفُ في أَحدِهما بغيرِ الاختِيارِ، وكذلك الشُّفعةُ.

ولأنَّ في الأخذِ إلزامَ المُشتَري بالعَقدِ قبلَ رِضاه بالتِزامِه وإيجابَ العُهدةِ عليه وتَفويتَ حَقِّه من الرُّجوعِ في عَينِ الثَّمنِ[2].

وذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في الأظهَرِ والحَنابِلةُ في تَخريجٍ إلىٰ أنَّ

---

(1) «بداية المجتهد» (2/ 195).

(2) «المعونة» (2/ 236)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 155)، رقم (1009)، و«بداية المجتهد» (2/ 195)، و«الذخيرة» (7/ 307)، و«التاج والإكليل» (4/ 362)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 170)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 224)، و«تحبير المختصر» (4444)، و«المغني» (5/ 183، 184)، و«الكافي» (2/ 434)، و«المبدع» (5/ 229)، و«الإنصاف» (6/ 308).

الشُّفعةَ تَثبُتُ إذا كانَ الخيارُ للمُشتَري؛ لخُروجِه عن مِلكِ البائعِ، ووُجوبُ الشُّفعةِ يَنبَني عليه.

قالَ الحَنفيةُ: لو كانَ الخيارُ للمُشتَري تَجبُ الشُّفعةُ؛ لأنَّ خيارَه لا يَمنَعُ زَوالَ المَبيعِ عن مِلكِ البائِعِ، وحَقُّ الشُّفعةِ يَقفُ عليه[1].

وقالَ الشافِعيةُ في الأظهَرِ: إنْ كانَ الخيارُ للمُشتَري وَحدَه فإنَّه يُؤخَذُ بالشُّفعةِ في الحالِ إنْ قُلنا: إنَّ المِلكَ في زَمنِ الخيارِ للمُشتَري، وهو الراجِحُ من المَذهبِ.

وإلا بأنْ قُلنا: المِلكُ في زَمنِ الخيارِ للبائِعِ أو مَوقوفٌ، فلا يُؤخَذُ بالشُّفعةِ في الحالِ؛ لأنَّ مِلكَ البائِعِ غيرُ زائِلٍ علىٰ التَّقديرِ الأولِ، وغيرُ مَعلومِ الزَّوالِ علىٰ التَّقديرِ الثاني.

قالَ الإمامُ العِمرانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنْ كانَت دارٌ بينَ اثنَينِ، فباعَ أحدُهما نَصيبَه بشَرطِ الخيارِ، فإنْ كانَ الخيارُ لهما أو للبائِعِ لم يَكُنْ للشَّفيعِ أنْ يَأخُذَه بالشُّفعةِ قبلَ انقِضاءِ الخيارِ؛ لأنَّ ذلك يُؤدِّي إلىٰ قَطعِ الخيارِ للبائِعِ.

وإنْ كانَ الخيارُ للمُشتَري وَحدَه وقلنا: إنَّ المِلكَ مَوقوفٌ، أو لا يَنتقِلُ إلىٰ المُشتَري إلا بانقِضاءِ الخيارِ لم يَكُنْ للشَّفيعِ الأخْذُ بالشُّفعةِ قبلَ انقِضاءِ الخيارِ؛ لأنَّ المِلكَ لم يَحصُلْ للمُشتَري، وإنْ قُلنا: إنَّ المِلكَ يَنتقِلُ إلىٰ

(1) «بدائع الصنائع» (5/ 13)، و«الهداية» (4/ 36)، و«العناية» (13/ 486)، و«تبيين الحقائق» (5/ 254)، و«البحر الرائق» (8/ 158)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 403)، و«اللباب» (1/ 512)، و«مختصر الوقاية» (2/ 94)، و«المغني» (5/ 183).

المُشتَري بالعَقدِ نَفسِه فهل يَستحِقُّ الشَّفيعُ الأخْذَ بالشُّفعةِ قبلَ انقِضاءِ الخيارِ؟ فيه قَولانِ:

أَحدُهما: لا يَستحِقُّ، وهو اختِيارُ أَبي إِسحاقَ المَروَزيِّ؛ لأنَّه بَيعٌ فيه خيارٌ، فلم يَستَحقَّ الشَّفيعُ الأخْذَ قبلَ انقِضاءِ الخيارِ، كما لو كانَ الخيارُ للبائِعِ، ولأنَّ المُشتَريَ شرَطَ الخيارَ لغَرضٍ قصَدَه، وفي أخْذِ الشَّفيعِ قَبلَ انقِضاءِ الخيارِ تَفويتٌ لغَرضِ المُشتَري، فلم يَجُزْ.

والثاني -وهو اختيارُ الشَّيخَينِ: أَبي حامِدٍ، وأَبي إِسحاقَ-: أنَّه يَستحِقُّ؛ لأنَّه إذا ملَكَ الأخْذَ بعدَ استِقرارِ حَقِّ المُشتَري بانقِضاءِ الخيارِ فلَأنْ يَملِكَ قبلَ ذلك أَوْلىٰ، ولأنَّ المُشتَريَ لو وجَدَ بالشِّقصِ عَيبًا فأَرادَ رَدَّه كانَ للشَّفيعِ أنْ يَأخُذَه، ويُبطِلَ ما ثبَتَ للمُشتَري من الرَّدِّ، فكذلك هذا مِثلُه.

وإنْ كانَ بينَ رَجلَينِ دارٌ، فباعَ أَحدُهما نَصيبَه فيه بشَرطِ الخيارِ له وللمُشتَري، أو له وَحدَه، ثم باعَ الشَّريكُ الثاني نَصيبَه منها بغيرِ خيارٍ قبلَ انقِضاءِ الخيارِ في البَيعِ الأولِ لم يَكُنْ للبائِعِ الثاني شُفعةٌ؛ لأنَّ مِلكَه قد زالَ، ولا تَثبُتُ للمُشتَري فيه شُفعةٌ أيضًا؛ لأنَّه ملكَه بعدَ البَيعِ الأولِ، ولمَن تَثبُتُ الشُّفعةُ في الشِّقصِ الثاني؟ يُبنَىٰ علىٰ الأقوالِ: إلىٰ مَن يَنتقِلُ المَبيعُ في حالِ الخيارِ؟

فإنْ قُلنا: إنَّ المِلكَ فيه للبائِعِ كانَت الشُّفعةُ فيه للبائِعِ؛ لأنَّ مِلكَ الشِّقصِ له في هذه الحالةِ.

فعلىٰ هذا: إذا انقَضىٰ الخيارُ ولم يُفسَخ العَقدُ فإنَّ الشِّقصَ المَبيعَ أولًا لمُشتَريه، وإنَّ الشِّقصَ المَبيعَ ثانيًا لبائِعِ الشِّقصِ الأولِ؛ لأنَّه مِلكٌ أخَذَه بالبَيعِ الثاني، فلا يَسقطُ بعدَ ذلك.

وإنْ قُلنا: إنَّ المِلكَ في الشِّقصِ الأولِ انتقَلَ إلىٰ المُشتَري بالعَقدِ فإنَّ الشُّفعةَ في الشِّقصِ الثاني لمُشتَري الأولِ، فإنْ فَسخَ البَيعَ بعدَ ذلك في الذي اشترَاه لم يَسقُطْ حَقُّه من الشُّفعةِ في الثاني؛ لمَا ذَكَرناه.

وإنْ قُلنا: إنَّ المِلكَ في الشِّقصِ الأولِ مَوقوفٌ علىٰ انقِضاءِ الخيارِ كانَت الشُّفعةُ في الشِّقصِ الثاني أيضًا مَوقوفةً، فإنْ فَسَخا البَيعَ كانَت الشُّفعةُ لبائِعِ الأولِ، وإنْ لم يَفسَخا كانَت للمُشتَري[1].

ثانيًا: أنْ يَكونَ مِلكُه قبلَ مِلكِ الشَّريك:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ علىٰ أنَّه يُشترَطُ لثُبوتِ الشُّفعةِ تَقدُّمُ مِلكِ الشَّفيعِ لرَقبةِ العَقارِ المَشفوعِ، بأنْ كانَ مالِكًا لجُزءٍ منه قبلَ البَيعِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ ثبَتَت لدَفعِ الضَّررِ عن الشَّريكِ، فإذا لم يَكُنْ له مِلكٌ سابِقٌ فلا ضَررَ عليه، فلو اشتَرىٰ اثنانِ مَعًا دارًا أو بعضَها معًا ولو في الزَّمانِ ولو تعدَّدَ العَقدُ فلا شُفعةَ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ؛ لاستِوائِهما في وَقتِ حُصولِ المِلكِ.

قالَ الشَّيخُ الدَّرديرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلو ملَكا العَقارَ معًا بمُعاوَضةٍ فلا شُفعةَ لأَحدِهما علىٰ صاحِبِه، إلا إذا باعَ أَحدُهما لأجنَبيٍّ فللآخَرِ الأخذُ حينَئذٍ[2].

---

(1) «البيان» (7/ 110، 111)، ويُنْظَر: «روضة الطالبين» (3/ 700)، و«النجم الوهاج» (5/ 230، 231)، و«كنز الراغبين» (3/ 107)، و«مغني المحتاج» (3/ 324)، و«الديباج» (2/ 413)، و«تحفة المحتاج» (7/ 116)، و«نهاية المحتاج» (5/ 228).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 212)، ويُنْظَر: «المبسوط» (14/ 178)، و«المحيط البرهاني» (5/ 567)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 189)، و«الذخيرة» =

الرُّكنُ الرابِعُ: في الأخذِ بالشُّفعة:

والنَّظرُ في هذا الرُّكنِ يَتضمَّنُ عِدةَ مَسائلَ:

بماذا يأخُذُ الشَّفيعُ الشِّقص المَشفوعَ؟

الشَّريكُ إذا باعَ نَصيبَه لأجنَبيٍّ بثَمنٍ مَعلومٍ فأرادَ الشَّريكُ أنْ يأخُذَه بالشُّفعةِ فهذا لا يَخلو من حالتَينِ:

الحالةُ الأُولى: أنْ يَكونَ الثَّمنُ حالًّا:

اتَّفقَ الفُقهاءُ علىٰ أنَّ الشَّريكَ إذا باعَ بثَمنٍ حالٍّ مَعلومٍ ثم جاءَ شَريكُه الآخَرُ وأَرادَ أنْ يأخُذَ نَصيبَ شَريكِه بالشُّفعةِ فإنَّه يأخُذُه بالثَّمنِ الذي وقَعَ به العَقدُ حالًّا؛ لأنَّ الشَّفيعَ إنَّما استحَقَّ الشِّقصَ بالبَيعِ فكانَ مُستحِقًّا له بالعِوضِ الثابِتِ به، لا بالقيمةِ، فيَدفعُ مثلَ مِثليٍّ، وقيمةَ مُتقوَّمٍ.

قالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإنْ قيلَ: إنَّ الشَّفيعَ استحَقَّ أَخْذَه بغيرِ رِضا مالِكِه فيَنبَغي أنْ يأخُذَ بقيمَتِه كالمُضطَرِّ يأخُذُ طَعامَ غيرِه، قُلنا: المُضطَرُّ استحَقَّ أخْذَه بسَببِ حاجةٍ خاصةٍ، فكانَ المَرجعُ في بَدلِه إلىٰ قيمَتِه، والشَّفيعُ استحَقَّه لأجلِ البَيعِ، ولهذا لو انتقَلَ بهبةٍ أو ميراثٍ لم يَستحِقَّ الشُّفعةَ، وإذا استحَقَّ ذلك بالبَيعِ وجَبَ أنْ يَكونَ بالعِوضِ الثابِتِ بالبَيعِ.

=

(7/ 305)، و«التاج والأكليل» (4/ 350)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 164)، و«تحبير المختصر» (4/ 431)، و«روضة الطالبين» (3/ 700)، و«النجم الوهاج» (5/ 232)، و«كنز الراغبين» (3/ 107، 108)، و«مغني المحتاج» (3/ 325)، و«تحفة المحتاج» (7/ 118)، و«المغني» (5/ 208)، و«المبدع» (5/ 207)، و«الإنصاف» (6/ 283)، و«كشاف القناع» (4/ 186)، و«منار السبيل» (2/ 271).

إذا ثَبتَ هذا فإنَّا نَنظُرُ في الثَّمنِ، فإنْ كانَ دَنانيرَ أو دَراهمَ أَعطاه الشَّفيعُ مِثلَه، وإنْ كانَ ممَّا لا مِثلَ له كالثِّيابِ والحَيوانِ فإنَّ الشَّفيعَ يَستحِقُّ الشِّقصَ بقيمةِ الثَّمنِ، وهذا قَولُ أكثَرِ أهلِ العِلمِ، وبه يَقولُ أصحابُ الرأيِ والشافِعيُّ، وحُكيَ عن الحَسنِ وسَوَّارٍ أنَّ الشُّفعةَ لا تَجبُ ههنا؛ لأنَّها تَجبُ بمِثلِ الثَّمنِ، وهذا لا مِثلَ له، فتَعذَّرَ الأخْذُ فلم يَجِبْ كما لو جهِلَ الثَّمنَ.

ولنا: أنَّه أحدُ نَوعَيِ الثَّمنِ فجازَ أنْ تَثبُتَ به الشُّفعةُ في المَبيعِ كالمِثليِّ، وما ذَكَروه لا يَصحُّ؛ لأنَّ المِثلَ يَكونُ من طَريقِ الصُّورةِ ومِن طَريقِ القيمةِ، كبَدلِ المُتلَفِ.

فأمَّا إنْ كانَ الثَّمنُ من المِثلياتِ غيرِ الأَثمانِ كالحُبوبِ والأَدهانِ فقالَ أَصحابُنا: يأخُذُه الشَّفيعُ بمِثلِه؛ لأنَّه من ذَواتِ الأَمثالِ فهو كالأَثمانِ، وبه يَقولُ أَصحابُ الرأيِ وأَصحابُ الشافِعيِّ، ولأنَّ هذا مِثلٌ من طَريقِ الصُّورةِ والقيمةِ، فكانَ أَولىٰ من المُماثِلِ في إِحداهما، ولأنَّ الواجِبَ بَدلُ الثَّمنِ، فكانَ مِثلَه كبَدلِ القَرضِ والمُتلَفِ.

فَصلٌ: ويَستحِقُّ الشَّفيعُ الشِّقصَ بالثَّمنِ الذي استقَرَّ عليه العَقدُ: فلو تَبايَعا بقَدرٍ ثم غَيَّراه في زَمنِ الخيارِ بزِيادةٍ أو نَقصٍ ثبَتَ ذلك التَّغييرُ في حَقِّ الشَّفيعِ؛ لأنَّ حَقَّ الشَّفيعِ إنَّما يَثبُتُ إذا تمَّ العَقدُ، وإنَّما يُستحَقُّ بالثَّمنِ الذي هو ثابِتٌ حالَ استِحقاقِه، ولأنَّ زَمنَ الخيارِ بمَنزِلةِ حالةِ العَقدِ، ولأنَّ التَّغييرَ يَلحَقُ بالعَقدِ فيه؛ لأنَّهما علىٰ اختيارِهم فيه، كما لو كانَ حالَ العَقدِ، فأمَّا إذا انقَضىٰ الخيارُ وانبرَم العَقدُ فزادا أو نَقَصا لم يُلحَقْ بالعَقدِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ بعدَه



هِبةٌ يُعتبَرُ لها شُروطُ الهِبةِ، والنَّقصُ إِبراءٌ مُبتَدأٌ، ولا يَثبُتُ ذلك في حَقِّ الشَّفيعِ، وبهذا قالَ الشافِعيُّ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: يَثبُتُ النَّقصُ في حَقِّ الشَّفيعِ دونَ الزِّيادةِ، وإنْ كانَ عندَه يُلحَقانِ بالعَقدِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ تَضرُّ الشَّفيعَ فلم يَملِكْها بخِلافِ النَّقصِ.

وقالَ مالِكٌ: إنْ بَقيَ ما يَكونُ ثَمنًا أُخذَ به، وإنْ حَطَّ الأكثَرَ أَخذَه بجَميعِ الثَّمنِ الأولِ.

ولنا: أنَّ ذلك يُعتبَرُ بعدَ استِقرارِ العَقدِ فلم يَثبُتْ في حَقِّ الشَّفيعِ كالزِّيادةِ، ولأنَّ الشَّفيعَ استحَقَّ الأخْذَ بالثَّمنِ الأولِ قبلَ التَّغييرِ فلم يُؤثِّرِ التَّغييرُ بعدَ ذلك فيه كالزِّيادةِ، وما ذَكَروه من العُذرِ غيرُ صَحيحٍ؛ لأنَّ ذلك لو لحِقَ العَقدَ لزِمَ الشَّفيعَ وإنْ أَضَرَّ به كالزِّيادةِ في مُدةِ الخيارِ، ولأنَّه حَطَّ بعدَ لُزومِ العَقدِ فأشبَهَ حَطَّ الجَميعِ أو الأكثَرِ عندَ مالِكٍ.

فَصلٌ: وإنْ كانَ الثَّمنُ ممَّا تَجبُ قيمَتُه فإنَّها تُعتبَرُ وَقتَ البَيعِ؛ لأنَّه وَقتُ الاستِحقاقِ، ولا اعتِبارَ بعدَ ذلك بالزِّيادةِ والنَّقصِ، وإنْ كانَ فيه خيارٌ اعتُبِرت القيمةُ حينَ انقِضاءِ الخيارِ واستِقرارِ العَقدِ؛ لأنَّه وَقتُ استِحقاقِ الشُّفعةِ، وبهذا قالَ الشافِعيُّ، وحُكيَ عن مالِكٍ أنَّه يأخُذُه بقيمَتِه يومَ المُحاكَمةِ، وليسَ بصَحيحٍ؛ لأنَّ وَقتَ الاستِحقاقِ وَقتُ العَقدِ، وما زادَ بعدَ ذلك حصَلَ في مِلكِ البائِعِ فلا يَقومُ للمُشتَري، وما نقَصَ فمِن مالِ البائِعِ فلا يَنقُصُ به حَقُّ المُشتَري[1].

(1) «المغني» (5/ 200، 201)، ويُنظَر: «شرح الزركشي» (2/ 170)، و«إعلام =



الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَكونَ الثَّمنُ مُؤجَّلًا:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو باعَ الشَّريكُ نَصيبَه لآخَرَ بثَمنٍ مُؤجَّلٍ، فأرادَ الشَّفيعُ أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ، هل يأخُذُه بالثَّمنِ نَفسِه حالًّا أو مُؤجَّلًا كما باعَه؟

فذهَبَ المالِكيةُ والحَنابِلةُ إلىٰ أنَّ الشَّريكَ إذا باعَ بثَمنٍ مُؤجَّلٍ فإنَّ الشَّفيعَ يأخُذُه بذلك الأجَلِ إنْ كانَ مَليئًا، وإلا أقامَ ضَمينًا مَليئًا وأخَذَ به؛ لأنَّ الشَّفيعَ تابعٌ للمُشتَري في قَدرِ الثَّمنِ وصِفتِه، والتَّأجيلُ مِن صِفاتِه، ولأنَّ في الحُلولِ زِيادةً علىٰ التَّأجيلِ فلم يَلزَمِ الشَّفيعَ كزِيادةِ القَدرِ، فإنْ لم يَكُنِ الشَّفيعُ مَليئًا ولا أتىٰ بضامِنٍ لا يأخُذِ الشِّقصَ حتىٰ يُعجِّلَ الثَّمنَ[1].

=

الموقعين» (3/ 298)، و«المبدع» (5/ 223)، و«كشاف القناع» (4/ 194)، و«منار السبيل» (2/ 272)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 136)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 409)، و«الاختيار» (2/ 56)، و«مختصر الوقاية» (2/ 93)، و«اللباب» (1/ 516)، و«بداية المجتهد» (2/ 195)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 165)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 214، 215)، و«تحبير المختصر» (4/ 433)، و«مغني المحتاج» (3/ 328)، و«تحفة المحتاج» (7/ 126، 127)، و«الديباج» (2/ 416).

(1) «بداية المجتهد» (2/ 195)، و«التاج والإكليل» (4/ 355)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 166)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 217)، و«تحبير المختصر» (4/ 436)، و«المغني» (5/ 202)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«المبدع» (5/ 225)، و«الإنصاف» (6/ 301، 302)، و«كشاف القناع» (4/ 196)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 138)، و«الإفصاح» (2/ 25).





وجاءَ في «المُوطَّأِ»: قالَ مالِكٌ في رَجلٍ اشتَرىٰ شِقصًا في أرضٍ مُشتَركةٍ بثَمنٍ إلىٰ أَجلٍ فأَرادَ الشَّريكُ أنْ يأخُذَها بالشُّفعةِ، قالَ مالِكٌ: إنْ كانَ مَليئًا فله الشُّفعةُ بذلك الثمنِ إلىٰ ذلك الأَجلِ، وإنْ كانَ مَخوفًا ألَّا يُؤدِّيَ الثَّمنَ إلىٰ ذلك الأَجلِ فإذا جاءَهم بحَميلٍ ثِقةٍ مَليءٍ مِثلِ الذي اشتَرىٰ منه الشِّقصَ في الأرضِ المُشتَركةِ فذلك له[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في الأظهَرِ إلىٰ أنَّ المُشترِيَ إذا اشترَىٰ بثَمنٍ مُؤجَّلٍ فالشَّفيعُ بالخيارِ:

إنْ شاءَ أخَذَها بثَمنٍ حالٍّ، وإنْ شاءَ صبَرَ عن الأخْذِ بعدَ استِقرارِها بالإشهادِ حتىٰ يَنقَضيَ الأجلُ ثم يأخُذَها.

قالَ الحَنفيةُ: وليسَ له أنْ يأخُذَها في الحالِ بثَمنٍ مُؤجَّلٍ؛ لأنَّ الشَّفيعَ إنَّما يأخُذُ بما وجَبَ بالبَيعِ، والأجَلُ لم يَجِبْ بالبَيعِ، وإنَّما وجَبَ بالشَّرطِ، والشَّرطُ لم يُوجَدْ في حَقِّ الشَّفيعِ، وليسَ الرِّضا به في حَقِّ المُشتَري رِضاءً به في حَقِّ الشَّفيعِ لتَفاوُتِ الناسِ.

ولو اختارَ الشَّفيعُ أخَذَ الدارَ بثَمنٍ حالٍّ كانَ الثَّمنُ للبائِعِ علىٰ المُشتَري إلىٰ أجَلِه كما كانَ؛ لأنَّ الأخْذَ من المُشتَري منه بمَنزِلةِ التَّملُّكِ المُبتَدأ، كأنَّه اشتَرىٰ منه فلا يُوجِبُ بُطلانَ البَيعِ الأولِ، فبَقيَ الأولُ علىٰ حالِه فكانَ الثَّمنُ علىٰ حالِه إلىٰ أجَلِه[2].

---

(1) «الموطأ» (2/ 715).

(2) «تحفة الفُقهاء» (3/ 61)، و«بدائع الصنائع» (5/ 27)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 418)، و«اللباب» (1/ 521، 522).

وقالَ الشافِعيةُ في الأظهَرِ: لو اشتَرىٰ بمُؤجَّلٍ أو بمُنجَّمٍ لا يأخُذُ الشَّفيعُ بمُؤجَّلٍ، بل هو مُخيَّرٌ بينَ:

أنْ يُعجِّلَ الثَّمنَ للمُشتَري ويأخُذَ الشِّقصَ في الحالِ.

أو أنْ يَصبرَ إلىٰ المَحلِّ ويأخُذَ بعدَ ذلك، وحَقُّه لا يَسقُطُ بتأخيرِه لعُذرِه؛ لأنَّا لو جَوَّزنا له الأخذَ بالمُؤجَّلِ لأَضرَرْنا بالمُشترَي؛ لأنَّ الذِّممَ تَختلِفُ، وإنْ ألزَمْناه الأخْذَ في الحالِ بنَظيرِه من الحالِ أضرَرْنا بالشَّفيعِ؛ لأنَّ الأجَلَ يُقابلُه قِسطٌ من الثَّمنِ، فكانَ ذلك دافِعًا للضَّررَينِ وجامِعًا لِلحقَّينِ.

ولو رَضيَ المُشترَي بذِمةِ الشَّفيعِ -أي: بدَفعِ الشِّقصِ وتأجيلِ الثَّمنِ إلىٰ مَحلِّه- تعيَّنَ عليه الأخْذُ حالًّا، وإلا سقَطَ حقُّه.

والثاني مُقابِلُ الأظهَرِ: يأخُذُه بالمُؤجَّلِ تَنزيلًا له مَنزلةَ المُشترَي.

والثالِثُ: يأخُذُه بسِلعةٍ لو بِيعَت إلىٰ ذلك الأجَلِ لبِيعَت بذلك القَدرِ، فيَأخذُه بعِوضٍ يُساوِي الثَّمنَ مُؤجَّلًا؛ لتَعذُّرِ أَخذِه بحالٍّ ومُؤجَّلٍ، فيَتعيَّنُ هذا؛ لأنَّه أقرَبُ إلىٰ العَدلِ[1].

قالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ الشافِعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإنِ اشتَراها بثَمنٍ إلىٰ أَجلٍ قيلَ للشَّفيعِ: إنْ شِئتَ فعَجِّلِ الثَّمنَ وتَعجَّلِ الشُّفعةَ، وإنْ شِئتَ فدَعْ حتىٰ يَحِلَّ الأجَلُ».

(1) «كنز الراغبين» (3/ 111)، و«النجم الوهاج» (5/ 236، 237)، و«مغني المحتاج» (3/ 328)، و«تحفة المحتاج» (7/ 130، 131)، و«نهاية المحتاج» (5/ 234، 235)، و«الديباج» (2/ 417).



قالَ الماوَرديُّ: وصُورتُها في رَجلٍ اشترَىٰ شِقصًا بثَمنٍ مُؤجَّلٍ، وحضَرَ الشَّفيعُ مُطالِبًا، ففيه قَولانِ: أَحدُهما: وهو قَولُه في القَديمِ -وبه قالَ مالِكٌ-: إنَّ للشَّفيعِ أنْ يَتعجَّلَ أخْذَها، ويَكونَ الثَّمنُ في ذِمتِه إنْ كانَ ثِقةً، وإنْ كانَ غيرَ ثِقةٍ أَقامَ ضَمينًا ثِقةً، قالَ الشافِعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وهذا أَشبَهُ بَصلاحِ الناسِ.

ووَجهُ هذا القَولِ شَيئانِ:

أَحدُهما: أنَّ الشَّفيعَ يَدخلُ مَدخلَ المُشترَي في قَدرِ الثَّمنِ وصِفاتِه، والأَجلِ وصِفاتِه، فاقتَضىٰ أنْ يأخُذَ بمِثلِ الثَّمنِ وأَجلِه.

والثاني: أنَّ تَعجيلَ المُؤجَّلِ زِيادةٌ في القَدرِ بتَفاضُلِ الأَثمانِ، وليسَ للمُشترَي أنْ يَستزيدَ، وتأخيرُ الشَّفيعِ تَخَلٍّ له عن حَقِّه، وليسَ للمُشترَي دَفعُ الشَّفيعِ.

والقَولُ الثاني: وبه قالَ في الجَديدِ -وهو قَولُ أَبي حَنيفةَ-: إنَّ الشَّفيعَ لا يَتعجَّلُ الشِّقصَ بالثَّمنِ المُؤجَّلِ، ويُقالُ له: أنتَ مُخيَّرٌ بينَ أنْ تُعجِّلَ الثَّمنَ فتَتعجَّلَ أخذَ الشِّقصِ وبينَ أنْ تَصبرَ إلىٰ حُلولِ الأجلِ فتَدفعَ الثَّمنَ وتأخُذَ الشِّقصَ، ووَجهُ هذا القَولِ شَيئانِ:

أَحدُهما: أنَّ أَخذَ الشُّفعةِ باستِحقاقِ الأَجلِ يَدخلُ في عُقودِ المُراضاةِ، ولا يَدخلُ في الاستِحقاقِ ما لم يَكُنْ مُراضاةً.

والثاني: أنَّ رِضا البائِعِ بذِمةِ المُشترَي لا يُوجِبُ علىٰ المُشترَي أنْ

يَرضَىٰ بذِمةِ الشَّفيعِ، ولذلك حَلَّ دَينُ المَيتِ؛ لأنَّ رِضا رَبِّه بذِمتِه لا يُوجِبُ عليه الرِّضا بذِمةِ وارِثِه[1].

إذا حطَّ البائعُ عن المُشتَري بَعضَ الثَّمنِ بعدَ لُزومِ العَقدِ:

اختلَفَ الفُقهاءُ فيما لو حَطَّ البائعُ عن المُشتَري بعضَ الثَّمنِ أو أبرَأه عن بعضِ الثَّمنِ بعدَ تَمامِ العَقدِ، هل يُحطُّ ذلك عن الشَّفيعِ أو لا؟

قالَ الحَنفيةُ: لو حَطَّ البائعُ عن المُشتَري أو أبرَأه عن بعضِ الثَّمنِ سقَطَ ذلك المَحطوطُ عن الشَّفيعِ، ويأخُذُ بما بَقيَ؛ لأنَّ حَطَّ بعضِ الثَّمنِ يَلتحِقُ بأصلِ العَقدِ ويَظهَرُ في حَقِّ الشَّفيعِ، كانَ العَقدُ ما ورَدَ إلا علىٰ هذا القَدرِ.

وإنْ حَطَّ البائعُ عن المُشتَري جَميعَ الثَّمنِ لم يَسقُطْ عن الشَّفيعِ منه شَيءٌ؛ لأنَّ حَطَّ الكلِّ لا يَلتحِقُ بأصلِ العَقدِ؛ لعَدمِ بَقاءِ ما يَكونُ ثَمنًا، ولأنَّ في تَصحيحِ الزِّيادةِ في الثَّمنِ في حَقِّ الشَّفيعِ ضَررًا به، ولا ضَررَ عليه في الحَطِّ، فيأخُذُ الشَّفيعُ بجَميعِ الثَّمنِ، ولأنَّه لو التحَقَ لبطَلَ البَيعُ؛ لأنَّه يَكونُ بَيعًا بلا ثَمنٍ، فلم يَصحَّ الحَطُّ في حَقِّ الشَّفيعِ، والتحَقَ في حَقِّه بالعَدمِ، فيأخُذُ بجَميعِ الثَّمنِ ولا يَسقطُ عنه شَيءٌ.

وإذا زادَ المُشتَري البائعَ في الثَّمنِ لم تَلزَمْ تلك الزِّيادةُ الشَّفيعَ؛ لأنَّ في اعتِبارِ الزِّيادةِ ضَررًا بالشَّفيعِ؛ لاستِحقاقِه الأخذَ بما دونَها بخِلافِ الحَطِّ؛

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 253، 254).



لأنَّ فيه مَنفَعةً له، ونَظيرُ الزِّيادةِ إذا جدَّدَ العَقدَ بأكثَرَ من الثَّمنِ الأولِ لم يَلزَمِ الشَّفيعَ، حتى كانَ له أنْ يأخُذَها بالثَّمنِ الأولِ[1].

وقالَ المالِكيةُ: إذا حَطَّ البائعُ عن المُبتاعِ بعضَ الثَّمنِ بعدَ لُزومِ العَقدِ نُظِر، فإنْ كانَ يَسيرًا يُشبهُ أنْ يَكونَ الباقي ثَمنًا للشِّقصِ حُطَّ عن الشَّفيعِ، وإنْ كانَ شَيئًا كَثيرًا لا يُبتاعُ بمِثلِه، كانَ ذلك هبةً للمُشتَري ولا يُحَطُّ عن الشَّفيعِ، وذلك لأنَّ الذي يَلزمُ الشَّفيعَ القَدرُ الذي بذَلَ المُشتَري في المُعاوَضةِ عن الشِّقصِ دونَ ما زادَ عليه، والذي بُذِلَ هو ما بَقيَ بعدَ الحَطِّ، فوجَبَ أنْ يَكونَ ذلك هو الذي يَلزمُ الشَّفيعَ، ولا يَدخلُ عليه الحَطُّ الكَثيرُ الخارجُ على العادةِ؛ لأنَّ لذلك وَجهًا حُملَ عليه، وهو الهِبةُ دونَ قَصدِ المُشاحةِ في البَيعِ، ولأنَّ ذلك كأنَّه فَسخٌ للعَقدِ الأولِ بالعِوضِ الثاني.

ودَليلُنا على أنَّ الحَطَّ الكَثيرَ لا يَجبُ حَطُّه عن الشَّفيعِ أنَّه هِبةٌ فلم يَسقُطْ بها عن الشَّفيعِ فألزَمَه، كما لو وهَبَ له الثَّمنَ كلَّه بلَفظِ الهِبةِ، ولا يُشبهُ اليَسيرَ؛ لأنَّ الباقيَ لا يَخرجُ عن أنْ يَكونَ ثَمنًا، فيُحملُ الحَطُّ على أنَّه فَسخٌ للعَقدِ وبَيعٌ مُستأنَفٌ[2].

---

(1) «بدائع الصنائع» (5/ 27)، و«الهداية» (4/ 31)، و«الاختيار» (2/ 56)، و«العناية» (13/ 466)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 406، 407)، و«اللباب» (1/ 515).

(2) «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (3/ 153، 154)، رقم (1008)، و«البيان والتحصيل» (12/ 93).

وقالَ الشافِعيةُ: ولو حَطَّ البائِعُ عنِ المُشتَري بعضَ الثَّمنِ قبلَ لُزومِ البَيعِ أو زادَ في الثَّمنِ قبلَ لُزومِ البَيعِ -أي: في مُدةِ الخيارِ- لحِقَ بأصلِ العَقدِ، ولو حَطَّ كلَّ الثَّمنِ فلا شُفعةَ لانتِفاءِ البَيعِ.

وأمَّا ما زِيدَ أو حُطَّ بعدَ مُدةِ الخيارِ فلا يَلحَقُ بالثَّمنِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: لو حَطَّ البائِعُ عنِ المُشتَري بعضَ الثَّمنِ بعدَ لُزومِ العَقدِ فلا رُجوعَ للشَّفيعِ عليه بشَيءٍ؛ لأنَّ البَيعَ لازِمٌ من جِهةِ المُشتَري لا يَملِكُ فَسخَه[2].

كم يأخُذُ الشَّفيعُ من حِصةِ الشَّريكِ:

الشَّفيعُ لا يَخلو: إمَّا أنْ يَكونَ واحِدًا أو أكثَرَ، والمَشفوعُ عليه أيضًا لا يَخلو أنْ يَكونَ واحِدًا أو أكثَرَ.

فإنْ كانَ الشَّفيعُ واحِدًا وكانَ المَشفوعُ عليه واحِدًا **فلا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ** في أنَّ الواجِبَ علىٰ الشَّفيعِ أنْ يأخُذَ الكلَّ أو أنْ يَدعَ الكلَّ.

وإنْ كانَ المَشفوعُ عليه واحِدًا وكانَ الشُّفعاءُ أكثَرَ من واحِدٍ فلا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ أيضًا علىٰ أنَّ الشُّفعةَ لجَميعِهم؛ لقَولِ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«الشُّفعةُ في كلِّ شِركٍ في أرضٍ، أو رَبعٍ، أو حائِطٍ، لا يَصلُحُ أنْ يَبيعَ حتىٰ**

---

(1) «تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني والعبادي» (7/ 129)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 233، 234).

(2) «المغني» (5/ 194)، و«كشاف القناع» (4/ 189)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 130).



يَعرِضَ علىٰ شَريكِه، فيأخُذَ أو يَدَعَ، فإنْ أبَىٰ فشَريكُه أحَقُّ به حتىٰ يُؤذِنَه»[1]، وكلُّ واحِدٍ منهم شَريكٌ.

وكذا لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّه يُقسَمُ بينَهم بالسَّويةِ إذا كانَت أنصِباءُ الشُّفعاءِ مُتساويةً.

إلا أنَّ الفُقهاءَ اختَلَفوا فيما لو تفاضَلَت أنصِباءُ الشُّفعاءِ، هل يُقسَمُ بينَهم بالسَّويةِ علىٰ قَدرِ رُؤوسِهم أو علىٰ قَدرِ حِصَصِهم إذا طَلَبوها، كما لو كانَت دارٌ بينَ ثَلاثةٍ، لمُحمدٍ نِصفُها ولعُمرَ الرُّبعُ ولزَيدٍ الرُّبعُ، فأرادَ زَيدٌ أنْ يَبيعَ نَصيبَه، فأخَذَها مُحمدٌ وعُمرُ شُفعةً، هل يُقسَمُ الرُّبعُ بينَهما نِصفَينِ علىٰ قَدرِ رَأسَيْهما أو يُقسَمُ بينَهما علىٰ قَدرِ حِصَتَيْهما فيَكونُ لمُحمدٍ ثُلثَا الرُّبعِ ولعُمرَ ثُلثُ الرُّبعِ، فيَكونُ نَصيبُ مُحمدٍ الثُّلثَينِ ويَكونُ نَصيبُ عُمرَ الثُّلثَ؟

ذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ المالِكيةُ والشافِعيةُ في الأظهَرِ والحَنابِلةُ في ظاهِرِ المَذهبِ إلىٰ أنَّ المَشفوعَ فيه يُقسَمُ بينَهم علىٰ قَدرِ حِصَصِهم من المِلكِ، يأخُذُ كلُّ إنسانٍ منهم بقَدرِ نَصيبِه، إنْ كانَ قَليلًا فقَليلٌ، وإنْ كانَ كَثيرًا فبقَدْرِه.

فإذا كانَت دارٌ بينَ ثَلاثةٍ، لأحدِهم النِّصفُ ولآخَرَ الثُّلثُ ولآخَرَ السُّدسُ، فباعَ الأولُ صاحِبُ النِّصفِ نَصيبَه فإنَّ لصاحِبِ الثُّلثِ ثُلثَي النِّصفِ، أي: سَهمَينِ، ولصاحِبِ السُّدسِ ثُلثَه، أي: سَهمًا، فيَصيرُ له ثُلثُ الدارِ ولذلك ثُلثاها.

---

(1) أخرجه مسلم (1608).

وذلك لأنَّ الشُّفعةَ حَقٌّ يُستَفاد وُجوبُه بالمِلكِ المُتقدِّم، فوجَبَ أنْ يَتوزَّعَ علىٰ مِقدارِ الأصلِ، أصلُه الأكريةُ في المُستأجَراتِ المُشترَكةِ، والرِّبحُ في شَركةِ الأموالِ وككَسبِ العَبدِ والنِّتاجِ والثِّمارِ، فإنَّها تُقسَّمُ بينَهم علىٰ حَسبِ أنصِبائِهم، وكما لو قالَ مالِكانِ لعَبدٍ آبِقٍ -ومِلكُهما فيه مُختلِفٌ- لرَجلٍ: إنْ رَدَدتَه فلك دِينارٌ، فإنَّه يأخُذُه علىٰ قَدرِ حِصَّتَي المِلكِ لا علىٰ التَّسويةِ.

وأيضًا فإنَّ الشُّفعةَ إنَّما هي لإزالةِ الضَّررِ، والضَّررُ داخِلٌ علىٰ كلِّ واحِدٍ منهم علىٰ غيرِ استِواءٍ؛ لأنَّه إنَّما يَدخلُ علىٰ كلِّ واحِدٍ منهم بحَسبِ حِصتِه، فوجَبَ أنْ يَكونَ استِحقاقُهم لدَفعِه علىٰ تلك النِّسبةِ.

ولأنَّ الدارَ إذا قُسِّمت قُسِّطَت مُؤنةُ البِناءِ في القِسمةِ علىٰ قَدرِ المِلكِ لا علىٰ قَدرِ الرُّؤوسِ، فإذا كانَت الشُّفعةُ مُستحَقةً لهذا وجَبَ أنْ تُستحَقَّ بقَدرِ المِلكِ؛ لأنَّ هذا الضَّررَ إذا وُجِد فقُسِّط بحَسبِ المالِ وكذلك إذا رُفِعَ[1].

وذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في مُقابِلِ الأظهَرِ والإمامُ أَحمدُ في رِوايةٍ إلىٰ أنَّه إذا اجتمَعَ الشُّفعاءُ وتَساوَوْا في سَببِ الاستِحقاقِ فالشُّفعةُ بينَهم علىٰ

(1) «الموطأ» (2/ 715)، و«الكافي» (1/ 440)، و«الإشراف» (3/ 133، 134)، رقم (990)، و«البيان والتحصيل» (12/ 88)، و«بداية المجتهد» (2/ 196)، و«شرح الزرقاني» (3/ 479)، و«جواهر العقود» (1/ 187)، و«البيان» (7/ 144، 145)، و«النجم الوهاج» (5/ 242)، و«كنز الراغبين» (3/ 116)، و«مغني المحتاج» (3/ 334)، و«تحفة المحتاج» (7/ 142، 143)، و«نهاية المحتاج» (5/ 243)، و«المغني» (5/ 209، 210)، و«الكافي» (2/ 423)، و«الإفصاح» (2/ 23، 24).





عَـددِ رُؤوسِـهم؛ لأنَّهـم اسـتَوَوْا في سَـببِ الاسـتِحقاقِ -وهـو الاتِّصـالُ- فيَستَوونَ في الاستِحقاقِ، والشُّركاءُ مُتساوُونَ في سَببِ الشُّفعةِ، ولهذا لو انفَرَد واحِدٌ منهم استحَقَّ كلَّ الشُّفعةِ ولو قَلَّ نَصيبُه، وهذا آيةُ كَمالِ السَّببِ، وكَثرةُ الاتِّصالِ تُؤذِنُ بكَثرةِ الغَلةِ، والتَّرجيحُ يَقعُ بقُوةٍ في الدَّليلِ لا بكَثرتِه، ولا قُوةَ هھنا لظُهورِ الأُخرىٰ بمُقابَلتِه، فيُقسَمُ النِّصفُ في المِثالِ السابِقِ نِصفَينِ، ويَكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما نِصفُه[1].

إذا طلَبَ أحدُ الشُّفعاءِ الشُّفعةَ وترَكَها الباقونَ:

إذا حضَرَ جَميعُ الشُّركاءِ فأَرادوا جَميعًا الأَخْذَ بالشُّفعةِ فلا كَلامَ، وهو بينَهم علىٰ الخِلافِ السابِقِ علىٰ قَدرِ رُؤوسِهم أو علىٰ قَدرِ أَملاكِهم.

وإنْ أَرادَ بَعضٌ أنْ يأخُذَ ولم يُرِدِ الباقونَ **فإنَّ أهلَ العِلمِ أَجمَعوا** علىٰ أنَّ مَن أَرادَ أنْ يأخُذَ مُخيَّرٌ بينَ أَمرَينِ، بينَ أنْ يأخُذَ الجَميعَ أو يَدَعَ الجَميعَ، ولا يَجوزُ له أنْ يأخُذَ بقَدرِ نَصيبِه فقط، إلا إذا رَضيَ الآخَرُ؛ لأنَّ في ذلك إِضرارًا عليه بتَبعيضِ الصَّفقةِ علىٰ المُشتَري.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأَجمَعوا علىٰ أنَّ مَن اشتَرىٰ شِقصًا من أرضٍ مُشترَكةٍ، فسلَّمَ بَعضُهم الشُّفعةَ، وأَرادَ بعضُهم أنْ يأخُذَ، فلمَن أَرادَ

(1) «الهداية» (4/ 25)، و«مختصر الوقاية» (2/ 89)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 407، 408)، و«الاختيار» (2/ 53)، و«اللباب» (1/ 515)، و«مغني المحتاج» (3/ 334)، و«تحفة المحتاج» (7/ 142، 143)، و«نهاية المحتاج» (5/ 243)، و«المغني» (5/ 209، 210)، و«الكافي» (2/ 423).

الأخْذَ بالشُّفعةِ أنْ يأخُذَ الجَميعَ أو يَدعَه، وليسَ له أنْ يأخُذَ بقَدرِ حِصتِه ويَترِكَ ما بَقيَ[1].

ولأنَّ في أخْذِ بَعضٍ إضرارًا بالمُشتَري بتَبعيضِ الصَّفقةِ عليه، والضَّررُ لا يُزالُ بالضَّررِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَثبُتُ علىٰ خِلافِ الأصلِ دَفعًا لضَررِ الشَّريكِ الداخِلِ خَوفًا من سُوءِ المُشاركةِ ومُؤنةِ القِسمةِ، فإذا أخَذَ بعضَ الشِّقصِ لم يَندفِعْ عنه الضَّررُ، فلم يُحقِّقِ المَعنىٰ المُجوِّزَ لمُخالفةِ الأصلِ فلا تَثبُتُ، ولو كانَ الشَّفيعُ واحِدًا لم يَجزْ له أخْذُ بعضِ المَبيعِ لذلك، فإنْ فعَلَ سقَطَت شُفعتُه؛ لأنَّها لا تَتبعَّضُ، فإذا سقَطَ بعضُها سقَطَ جَميعُها كالقِصاصِ[2].

إذا وهَبَ أحدُ الشُّركاءِ نَصيبَه لآخَرَ دونَ الباقينَ:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهبِ الأربَعةِ علىٰ أنَّ بعضَ الشُّفعاءِ لو وهَبَ نَصيبَه مِن الشُّفعةِ بعضَ شُركائِه أو غيرَه بأنْ قالَ بعضُهم: «جعَلتُ حَقي مِن

(1) «الإجماع» (510).

(2) يُنظَر: «الهداية» (4/ 25، 26)، و«العناية» (13/ 433)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 408)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 197)، و«موطأ مالك» (2/ 715)، و«الكافي» (1/ 440)، و«شرح الزرقاني» (3/ 479)، و«التاج والإكليل» (4/ 370)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 236)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 176)، و«البيان» (7/ 145)، و«المغني» (5/ 211)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«المبدع» (5/ 213)، و«الإنصاف» (6/ 276)، و«كشاف القناع» (4/ 181).





الشُّفعةِ لفُلانٍ» سقطَ حَقُّه من الشُّفعةِ وكانَ لباقي الشُّفعاءِ؛ لأنَّ ذلك عَفوٌ وليسَ بهبةٍ فلم يَصحَّ، ويُقسَمُ علىٰ باقي الشُّفعاءِ علىٰ قَدرِ عَددِهم أو سِهامِهم علىٰ الخِلافِ المُتقدِّم(1).

إذا اختَلفت أَسبابُ شَركتِهم، هل يَحجُبُ بعضُهم بعضًا عن الشُّفعةِ أو لا؟

اختَلفَ الفُقهاءُ فيما إذا اختَلفَت أَسبابُ شَرِكتِهم، هل يَحجُبُ بعضُهم بعضًا عن الشُّفعةِ أو لا؟ مِثلَ أنْ يَكونَ بعضُهم شُركاءَ في المالِ الذي وَرِثوه لأنَّهم أهلُ سَهمٍ واحِدٍ، ويَكونُ بعضُهم شُركاءَ لأنَّهم عَصبةٌ.

قالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قالَ مالِكٌ: أهلُ السَّهمِ الواحِدِ أحَقُّ بالشُّفعةِ إذا باعَ أَحدُهم من الأَشراكِ معهم في المالِ من قِبَلِ التَّعصيبِ، وأنَّه لا يَدخلُ ذَوو العَصبةِ في الشُّفعةِ علىٰ أهلِ السِّهامِ المُقدَّرةِ، ويَدخلُ ذَوو السِّهامِ علىٰ ذَوي التَّعصيبِ، مِثلَ أنْ يَموتَ مَيتٌ فيَترِكَ عَقارًا تَرِثُه عنه بِنتانِ وابنا عَمٍّ، ثم تَبيعَ البِنتُ الواحِدةُ حَظَّها، فإنَّ البِنتَ الثانيةَ عندَ مالِكٍ هي التي تَشفَعُ في ذلك الحَظِّ الذي باعَته أُختُها فقط دونَ ابنَي العَمِّ، وإنْ باعَ أحدُ ابنَيِ العَمِّ نَصيبَه يَشفعُ فيه البَناتُ وابنُ العَمِّ الثاني، وبهذا القَولِ قالَ ابنُ القاسِمِ.

(1) يُنْظَر: «الهداية» (4/ 25، 26)، و«العناية» (13/ 433)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 408)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 197)، و«الكافي» (1/ 440)، و«التاج والإكليل» (4/ 372)، و«البيان» (7/ 145)، و«النجم الوهاج» (5/ 244، 245)، و«مغني المحتاج» (3/ 335)، و«المغني» (5/ 211)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«الإنصاف» (6/ 276)، و«كشاف القناع» (4/ 181).

وقالَ أهلُ الكُوفةِ: لا يَدخلُ ذَوو السِّهامِ علىٰ العَصباتِ ولا العَصباتُ علىٰ ذَوي السِّهامِ، ويَتشافَعُ أهلُ السَّهمِ الواحِدِ فيما بينَهم خاصَّةً، وبه قالَ أشهَبُ.

وقالَ الشافِعيُّ في أحدِ قولَيه: يَدخُلُ ذَوو السِّهامِ علىٰ العَصباتِ، والعَصباتُ علىٰ ذَوي السِّهامِ، وهو الذي اختارَه المُزنِيُّ، وبه قالَ المُغيرةُ من أَصحابِ مالِكٍ.

وعُمدةُ مَذهبِ الشافِعيِّ عُمومُ قَضائِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشُّفعةِ بينَ الشُّركاءِ ولم يَفصِلْ ذَوي السَّهمِ من عُصبةٍ.

ومَن خصَّصَ ذَوي السِّهامِ من العَصباتِ فلأنَّه رأىٰ الشَّركةَ مُختلِفةَ الأَسبابِ -أعني بينَ ذَوي السِّهامِ وبينَ العَصباتِ- فشَبَّه الشَّركاتِ المُختلِفةَ الأَسبابِ بالشَّركاتِ المُختلِفةِ من قِبَلِ مَحلاتِها -التي هي المالُ- بالقِسمةِ بالأَموالِ.

ومَن أدخَلَ ذَوي السِّهامِ علىٰ العَصبةِ ولم يُدخِلِ العَصبةَ علىٰ ذَوي السِّهامِ فهو استِحسانٌ علىٰ غيرِ قياسٍ، ووَجهُ الاستِحسانِ أنَّه رأىٰ أنَّ ذَوي السِّهامِ أقعَدُ من العَصبةِ.

وأمَّا إذا كانَ المَشفوعُ عليهما اثنَينِ فأكثَرَ فأَرادَ الشَّفيعُ أنْ يَشفعَ علىٰ أَحدِهما دونَ الثاني فقالَ ابنُ القاسِمِ: إمَّا أنْ يأخُذَ الكلَّ أو يَدعَ.

وقالَ أبو حَنيفةَ وأَصحابُه والشافِعيُّ: له أنْ يَشفعَ علىٰ أيِّهما أحَبَّ، وبه قالَ أشهَبُ.



فأمَّا إذا باعَ رَجلانِ شِقصًا من رَجلٍ فأرادَ الشَّفيعُ أنْ يَشفعَ علىٰ أَحدِهما دونَ الثاني فإنَّ أَبا حَنيفةَ منَعَ ذلك، وجوَّزَه الشافِعيُّ.

وأمَّا إذا كانَ الشافِعونَ أكثَرَ من واحِدٍ -أَعني الأَشراكَ- فأَرادَ بعضُهم أنْ يَشفعَ ويُسلِّمَ له البَقيةُ في البُيوعِ فالجُمهورُ علىٰ أنَّ للمُشتَري أنْ يَقولَ للشَّريكِ: إمَّا أنْ تَشفعَ في الجَميعِ وإمَّا أنْ تَترُكَ، وأنَّه ليسَ له أنْ يَشفعَ بحَسبِ حَظِّه إلا أنْ يُوافِقَه المُشتَري علىٰ ذلك، وأنَّه ليس له أنْ يُبعِّضَ الشُّفعةَ علىٰ المُشتَري إنْ لم يَرضَ بتَبعيضِها.

وقالَ أَصبَغُ من أَصحابِ مالِكٍ: إنْ كانَ تَركُ بعضِهم الأَخْذَ بالشُّفعةِ رِفقًا بالمُشتَري لم يَكُنْ للشَّفيعِ إلا أنْ يأخُذَ حِصَّتَه فقط[1].

وقالَ القاضِي عبدُ الوَهابِ رَحِمَهُ اللَّهُ: الشُّركاءُ الأَقرِباءُ في السَّهمِ أحَقُّ من الشُّركاءِ الأَجانبِ.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: كلُّهم سَواءٌ، وهو أحَدُ قَولَي الشافِعيِّ.

فدَليلُنا قَولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ في كلِّ مُشترَكٍ**» وهذا يُفيدُ أَنواعَ الشَّركةِ، ولأنَّه نَوعٌ من الشَّركةِ فوجَبَ أنْ يَتعلَّقَ به استِحقاقُ الشُّفعةِ كالاشتِراكِ في الشِّراءِ[2].

(1) «بداية المجتهد» (2/ 196، 197).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 145، 146)، رقم (999).

إذا كانَ بعضُ الشُّفعاءِ حاضِرًا والآخَرُ غائِبًا:

اتَّفقَ فُقهاءُ المَذاهِبِ الأربَعةِ الحَنفيةُ والمالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ على أنَّ بعضَ الشُّفعاءِ إذا كانَ غائِبًا وكانَ بعضُهم حاضِرًا وأرادَ الحاضِرُ أنْ يأخُذَ حِصَّتَه فقط بالشُّفعةِ ويَتركَ البَقيةَ فليسَ له ذلك، وإنَّما له أنْ يأخُذَ الحِصصَ كلَّها؛ لأنَّه لم يعلَمِ الآنَ مُطالِبًا سِواه، ولأنَّ الغائِبَ يَجوزُ أنْ يَطلبَ ويَجوزُ ألَّا يَطلبَ، فلا يَسقطُ حَقُّ الحاضِرِ بالشَّكِّ، أو يَجوزُ أنْ يَتركَها؛ لأنَّ في أخْذِ بعضِ الشِّقصِ تَبعيضًا لصَفقةِ المُشتَري فلم يَجزْ ذلك، كما لو لم يَكُنْ معه غيرُه، ولا يُمكنُ تَأخيرُ حَقِّه إلىٰ أنْ يَقدَمَ شُركاؤُه لأنَّ في التَّأخيرِ إضرارًا بالمُشتَري.

وإنْ قالَ الشَّفيعُ: أنا آخُذُ حِصَّتي فإذا قدِمَ أَصحابي فإنْ أخَذوا شُفعتَهم وإلا أخَذتُ، لم يَكُنْ له ذلك، وإنَّما له أنْ يأخُذَ الجَميعَ أو يَدعَ، فإنْ سلَّمَ فلا أخْذَ له مع أَصحابِه إنْ قدِموا، ولهم أنْ يأخُذوا الجَميعَ أو يَدَعُوا، فإنْ سلَّموا إلا واحِدًا قيلَ له: «خُذِ الجَميعَ وإلا فدَعْ».

ولو أخَذَ الحاضِرُ الجَميعَ ثم قدِموا فلهم أنْ يَدخُلوا كلُّهم معه إنْ أحَبُّوا فيَقسِموا معه، وإنْ شاؤُوا تَركوا، والصَّغيرُ إذا لم يَكُنْ له مَن يأخُذُ بالشُّفعةِ كالغائِبِ، وبُلوغُه كقُدومِ الغائِبِ[1].

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 408)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«درر الحكام» (2/ 684، 685)، و«بداية المجتهد» (2/ 197)، و«التاج والإكليل» (4/ 370)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 176)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 236)، =



قالَ الحَنفيةُ: إذا كانَ أحدُ الشُّفعاءِ غائبًا يُحكَمُ بالشُّفعةِ تامَّةً للحاضِرِ، ولا يَلزمُ بَقاءُ حِصةِ الغائِبِ عندَ المُشتَري؛ لأنَّه يَحتملُ ألَّا يَطلبَ الغائِبُ الشُّفعةَ؛ لذلك لا يَجوزُ تَأخيرُ الشُّفعةِ بِناءً علىٰ الشَّكِّ، ولكنْ إذا حضَرَ الغائِبُ وطلَبَ حِصَّتَه وراعَىٰ شَرائطَ الشُّفعةِ وكانَ مُساوِيًا للحاضِرِ دَرجةً يُحكَمُ له بِمقدارِ حِصتِه، مَثلًا لو كانَ أحدُ الشُّفعاءِ حاضِرًا وكانَ اثنانِ غائبَينِ يُحكَمُ بالشُّفعةِ كلِّها للحاضِرِ، ولو جاءَ بعدَ ذلك أحدُ الغائبَينِ وطلَبَ الشُّفعةَ يُحكَمُ له بِنصفِ المَشفوعِ، ويُستَردُّ من الشَّفيعِ، ثم لو حضَرَ بعدَ ذلك الغائِبُ الآخَرُ وطلَبَ الشُّفعةَ أيضًا يُحكَمُ بثُلثِ العَقارِ المَشفوعِ له، ويَكونُ علىٰ هذا بينَهم أَثلاثًا، وبذلك تَحصُلُ بينَهم المُساواةُ، ولا يُقالُ للشَّفيعِ الأولِ إمَّا أنْ تأخُذَه كلَّه وإمَّا أنْ تَترُكَه كلَّه.

وإذا كانَ الشَّفيعُ الغائِبُ مَقدَّمًا عليه الشَّفيعُ الحاضِرُ دَرجةً فمَتىٰ حضَرَ وطلَبَ الشُّفعةَ تُبطِلُ شُفعتُه شُفعةَ الحاضِرِ ويُحكَمُ له.

وإذا كانَ الشَّفيعُ الغائِبُ مُؤخَّرًا عنِ الحاضِرِ دَرجةً لا يَلزَمُ للشَّفيعِ الثاني شَيءٌ[1].

=

و«تحبير المختصر» (4/ 459)، و«النجم الوهاج» (5/ 245، 246)، و«مغني المحتاج» (3/ 335)، و«المغني» (5/ 211، 212)، و«كشاف القناع» (4/ 181، 182)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 121).

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 408)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«درر الحكام» (2/ 684، 685).

هل الشُّفعةُ على الفوِرِ أو على التَّراخي؟

الشَّفيعُ إمَّا أنْ يَكونَ حاضِرًا وإمَّا أنْ يَكونَ غائِبًا، وفي كلٍّ منهما إمَّا أنْ يَعلمَ بالشُّفعةِ وإمَّا ألَّا يَعلَمَ.

الحالةُ الأُولى: أنْ يَكونَ الشَّفيعُ حاضِرًا:

الشَّفيعُ إذا كانَ حاضِرًا ولم يَعلَمْ بالشُّفعةِ لم تَسقُطْ شُفعتُه **بلا خِلافٍ بينَ الفُقهاءِ** وإنْ طالَ الزَّمانُ؛ لأنَّ هذا خيارٌ لإزالةِ الضَّررِ، فلا يَسقُطُ بالجَهلِ به، كما لو اشترَىٰ شَيئًا مَعيبًا، ولم يَعلَمْ بالعَيبِ إلا بعدَ زَمانٍ طَويلٍ.

أمَّا إذا علِمَ بالشُّفعةِ وتَمكَّنَ من طَلبِها فهل يَلزمُه أنْ يَطلُبَها وَقتَ العِلمِ مُباشَرةً أو يَجوزُ له تأخيرُ الطَّلبِ؟

فذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في الأصَحِّ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ طَلبَ الشُّفعةِ علىٰ الفَورِ، فإذا علِمَ بها وتَمكَّنَ من طَلبِها لزِمَه أنْ يَطلُبَها علىٰ الفَورِ، فإنْ أخَّرَ الطَّلبَ سقَطَت شُفعتُه، وذلك لمَا رَواه ابنُ ماجَه عن ابنِ عُمرَ مَرفوعًا: «**الشُّفعةُ كحَلِّ العِقالِ**»[1]، مَعناه أنَّها تَفوتُ عندَ عَدمِ المُبادرةِ كما يَفوتُ البَعيرُ الشَّرودُ إذا حُلَّ عِقالُه ولم يُبتَدَرْ إليه.

ولأنَّه خيارٌ لدَفعِ الضَّررِ عن المالِ فكانَ علىٰ الفَورِ كخيارِ الرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّ إثباتَه علىٰ التَّراخي يَضرُّ المُشتَرِيَ لكَونِه لا يَستقِرُّ مِلكُه علىٰ

(1) حَديثٌ ضَعيفٌ: رواه ابن ماجه (2500) قال البوصيري (3/ 91): هذا إسنادٌ ضَعيفٌ. وأورَدَه ابنُ أبي حاتمٍ في «العلل» (1/ 479)، وقال: قال أبو زُرعةَ: هذا حَديثٌ مُنكَرٌ.



البَيعِ ويَمنعُه من التَّصرفِ بعِمارةٍ خَشيةَ أخْذِه منه، ولا يَندفِعُ عنه الضَّررُ بدَفعِ قيمَتِه؛ لأنَّ خَسارتَها في الغالِبِ أكثَرُ من قيمَتِها مع تَعبِ قَلبِه وبَدنِه فيها[1].

إلا أنَّ الحَنفيةَ قالوا: يَجبُ علىٰ الشَّفيعِ أنْ يُشهِدَ حينَ العِلمِ بالشُّفعةِ - فإذا ترَكَ الشَّفيعُ الإِشهادَ حينَ علِمَ وهو يَقدِرُ علىٰ ذلك بطَلَت شُفعتُه- وهذا يُسمَّىٰ طلَبَ المُواثَبةِ، ثم عليه أنْ يَنهَضَ من مَجلِسِه بعدَ طَلبِ المُواثَبةِ فيَشهدَ علىٰ البائِعِ إنْ كانَ المَبيعُ في يَدِه ولم يَكُنْ سلَّمَ إلىٰ المُشتَري، أو يُشهِدَ علىٰ المُشتَري أو يُشهِدَ عندَ العَقارِ؛ لأنَّ الحَقَّ مُتعلِّقٌ به.

وصُورةُ هذا الطَّلبِ أنْ يَقولَ: إنَّ فُلانًا اشترَىٰ هذه الدارَ وأنا شَفيعُها، وقد كُنتُ طلَبتُ الشُّفعةَ وأَطلُبُها الآنَ؛ فاشهَدوا علىٰ ذلك.

فإنْ فعَلَ ذلك المَذكورَ استقَرَّت شُفعتُه ولم تَسقُطْ بعدَه بالتأخيرِ **عندَ أَبي حَنيفةَ وأَبي يُوسفَ في رِوايةٍ وهو ظاهِرُ المَذهبِ وعليه الفَتوىٰ**؛ لأنَّ الحَقَّ متىٰ ثبَتَ واستقَرَّ لا يَسقُطُ إلا بالإِسقاطِ، وهو التَّصريحُ بلِسانِه كما في سائِرِ الحُقوقِ.

---

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 385، 389)، و«الاختيار» (2/ 54)، و«مختصر الوقاية» (2/ 90)، و«تبيين الحقائق» (5/ 242)، و«اللباب» (1/ 503، 506)، و«البيان» (7131، 133)، و«النجم الوهاج» (5/ 247، 248)، و«مغني المحتاج» (3/ 337، 338)، و«المغني» (5/ 187)، و«الكافي» (2/ 419)، و«المبدع» (5/ 208)، و«الإنصاف» (6/ 261، 263)، و«كشاف القناع» (4/ 172، 173)، و«مطالب أولي النهىٰ» (4/ 110)، و«منار السبيل» (2/ 270، 271).

وقالَ مُحمدٌ: إنْ ترَكَها شَهرًا بعدَ الإشهادِ من غيرِ عُذرٍ بطَلَت شُفعتُه؛ لأنَّه لو لم تَسقُطْ بتأخيرِ الخُصومةِ أبدًا يَتضرَّرُ به المُشتَري؛ لأنَّه لا يُمكنُه التَّصرفُ حَذرَ نَقضِه من جِهةِ الشَّفيعِ فقَدَّرناه بشَهرٍ؛ لأنَّه آجِلٌ وما دونَه عاجِلٌ.

وقيلَ: الفَتوىٰ في هذا الزَّمانِ علىٰ قَولِ مُحمدٍ؛ لتَغيُّرِ أَحوالِ الناسِ في قَصدِ الإضرارِ[1].

وذهَبَ المالِكيةُ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ ليسَت علىٰ الفَورِ، بل وَقتُ وُجوبِها مُتَّسعٌ، واختلَفَ قَولُ الإمامِ مالِكٍ، فالمَشهورُ في المَذهبِ أنَّها مُقدَّرةٌ بسَنةٍ، فإذا مَرَّت سَنةٌ ولم يَطلُبْها بعدَ عِلمِه بها سقَطَت شُفعتُه.

وفي قَولٍ عنه أنَّ وَقتَها غيرُ مَحدودٍ، وأنَّها لا تَنقطِعُ أبدًا إلا أنْ يُحدِثَ المُبتاعُ بِناءً أو تَغييرًا كَثيرًا بمَعرِفتِه وهو حاضِرٌ عالِمٌ ساكِتٌ.

وقيلَ: وَقتُها أكثَرُ من سَنةٍ، وقد قيلَ عنه: إنَّ خَمسةَ أَعوامٍ لا تَنقطِعُ فيها الشُّفعةُ.

والدَّليلُ علىٰ أنَّها ليسَت علىٰ الفَورِ قَولُه ﷺ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ**» ولم يُعلِّقْه بحَدٍّ، ولأنَّ المُطالَبةَ حَقٌّ للشَّفيعِ، والأَصلُ أنَّ كلَّ مَن ثبَتَ له حَقٌّ فله أخْذُه وله تَركُه أيَّ وَقتٍ شاءَ، إلىٰ أنْ يَقومَ دَليلٌ علىٰ تَعلُّقِه بوَقتٍ يَفوتُ بخُروجِه، ولأنَّه حَقٌّ من جِهةِ استِيفاءِ مالٍ لم يَكُنْ فيه تَفريطٌ

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 385، 389)، و«الاختيار» (2/ 54)، و«مختصر الوقاية» (2/ 90)، و«اللباب» (1/ 503، 506).



ولا تَدليسٌ، فلم تَجِبِ المُطالَبةُ فيه علىٰ الفَورِ، أَصلُه المُطالَبةُ بالدُّيونِ، ولأنَّ علىٰ الشَّفيعِ إضرارًا في المُطالَبةِ علىٰ الفَورِ؛ لأنَّه قد يَعلَمُ ببَيعِ الشِّقصِ في وَقتٍ لا يَكونُ معه ثَمنُه، فيَحتاجُ إلىٰ تَحصيلِ الثَّمنِ وبَيعِ ما يُحصِّلُه به، وذلك يَقتَضي مُهلةً يُمكِنُه فيها ذلك، وكذلك قد يَكونُ المُشتَري عَمَرَ الشِّقصَ فيَجبُ له قيمةُ العِمارةِ، ويَتعذَّرُ علىٰ الشَّفيعِ قيمةُ الشِّقصِ في الوَقتِ، والضَّررُ غيرُ جائزٍ[1].

وعندَ الشافِعيةِ ثَلاثةُ أَقوالٍ أُخرى بيَّنَها القاضِي العِمرانِيُّ في «البَيانِ» حيثُ قالَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

إذا اشتَرىٰ رَجلٌ شِقصًا فيه شُفعةٌ فلا يَخلو: إمَّا أنْ يَعلَمَ الشَّفيعُ بالبَيعِ أو لم يَعلَمْ، فإنْ لم يَعلَمْ مِثلَ أنْ كانَ غائبًا أو كُتِمَ عنه لم تَسقُطْ شُفعتُه وإنْ طالَ الزَّمانُ؛ لأنَّ هذا خيارٌ لإزالةِ الضَّررِ، فلا يَسقطُ بالجَهلِ به، كما لو اشتَرىٰ شَيئًا مَعيبًا ولم يَعلَمْ بالعَيبِ إلا بعدَ زَمانٍ طَويلٍ.

وهكذا: لو علِمَ بالبَيعِ ولم يَعلَمْ مَن المُشتَري أو لم يَعلَمْ جِنسَ الثَّمنِ أو قَدرَه لم تَسقُطْ شُفعتُه؛ لأنَّه لا يَعلَمُ القَدرَ من الثَّمنِ الذي يَدفَعُه، ولأنَّ له غَرضًا في العِلمِ بعَينِ المُشتَري؛ لأنَّه قد لا يَرضَىٰ بشَركةِ رَجلٍ، ويَرضَىٰ بشَركةِ غيرِه.

---

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 135، 136)، رقم (991)، و«بداية المجتهد» (2/ 198).

وإنْ علِمَ بالبَيعِ وقَدْرِ الثَّمنِ والمُشتَري فلا يَخلو من أنْ يَكونَ له عُذرٌ، أو ألَّا يَكونَ له عُذرٌ.

فإنْ لم يَكُنْ له عُذرٌ، وطالَبَ بالشُّفعةِ علىٰ الفَورِ صَحَّ ذلك، وإنْ أخَّرَ الطَّلَبَ عن الفَورِ فهل تَسقطُ شُفعتُه؟ فيه أربَعةُ أَقوالٍ:

أحدُها -قالَه في القَديمِ- (له الخيارَ علىٰ التأبيدِ لا يَسقُطُ إلا بالعَفوِ، أو بما يَدلُّ علىٰ التَّركِ، بأنْ يَقولَ للمُشتَري: قاسِمْني، أو بِعْني، وليسَ للمُشتَري أنْ يَرفعَه إلىٰ الحاكِمِ ليُجبِرَه علىٰ الأخْذِ أو التَّركِ).

ووَجهُه: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فإنْ باعَه ولم يُؤذِنْه فشَريكُه أحَقُّ**» ولم يُفرِّقْ.

ولأنَّه استيفاءُ حَقٍّ له، فجازَ له تأخيرُه إلىٰ أيِّ وَقتٍ شاءَ، كالقِصاصِ.

والقَولُ الثاني -قالَه في القَديمِ أيضًا-: (علىٰ التَّراخي لا يَسقُطُ إلا بصَريحِ العَفوِ، أو بما يَدلُّ عليه)، إلا أنَّ للمُشتَري أنْ يَرفعَه إلىٰ الحاكِمِ ليُجبِرَه علىٰ الأخْذِ أو التَّركِ؛ لأنَّا لو قُلنا: إنَّه علىٰ الفَورِ، أضرَرْنا بالشَّفيعِ؛ لأنَّ الحَظَّ له أنْ يُؤخِّره ليَنظُرَ: هل الحَظُّ في الأخْذِ أو في التَّركِ؟ ولو قُلنا: إنَّه علىٰ التأبيدِ أضرَرْنا بالمُشتَري؛ لأنَّه لا يَغرِسُ في أرضِه ولا يَبني؛ مَخافةَ أنْ يَنتزِعَ ذلك منه، فجُعِلَ له الخيارُ إلىٰ أنْ يَرفعَه المُشتَري إلىٰ الحاكِمِ.

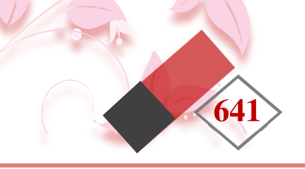
والقَولُ الثالِثُ -قالَه الشافِعيُّ في (سير) «حرملة»-: (للشَّفيعِ الخيارُ إلىٰ ثَلاثةِ أيامٍ)؛ لأنَّه لا يُمكنُ أنْ يُجعَلَ له الخِيارُ علىٰ التأبيدِ ولا علىٰ الفَورِ



لمَا بيَّنَّاه، ولا بُدَّ من فَصلٍ بينَهما، وقُدِّرَ ذلك بثَلاثةِ أيامٍ؛ لأنَّها مُدةٌ قَريبةٌ؛ لأنَّها آخِرُ حدِّ القِلةِ وأوَّلُ حَدِّ الكَثرةِ، والضَّررُ يَزولُ عنهما بذلك.

والرابعُ -قالَه في الجَديدِ-: (خيارُه علىٰ الفَورِ) فإذا أخَّرَ الطَّلبَ من غيرِ عُذرٍ سقَطَت شُفعتُه، وبه قالَ أبو حَنيفةَ، وهو الصَّحيحُ؛ لقَولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الشُّفعةُ لمَن واثَبَها**»، ورُوي عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قالَ: «**الشُّفعةُ كنَشطةِ العِقالِ، إنْ قيِّدَت ثبَتَت، وإنْ تُرِكت فاللَّومُ علىٰ مَن ترَكَها**»، ولأنَّه خيارٌ لإزالةِ الضَّررِ عن المالِ فكانَ علىٰ الفَورِ كخيارِ الرَّدِّ بالعَيبِ، وفيه احتِرازٌ من خيارِ القِصاصِ.

فإذا قُلنا بهذا، وعليه التَّفريعُ: فمَعنىٰ قَولِنا: (علىٰ الفَورِ) هو أنْ يُطالبَه علىٰ حَسبِ ما جَرَت العادةُ به، لا علىٰ أسرَعِ ما يُمكنُ، حتىٰ لو أمكنَه أنْ يَطرُدَ مَركوبَه، أو يُسرِعَ في السَّيرِ، فلم يَفعَلْ تَبطُلُ شُفعتُه؛ لأنَّ هذا لا يَقولُه أحدٌ، ولكنْ علىٰ حَسبِ العادةِ، فإنْ علِمَ ذلك باللَّيلِ فليسَ عليه أنْ يُطالِبَه حتىٰ يُصبحَ؛ لأنَّ العادةَ في اللَّيلِ الإيواءُ والسَّكنُ دونَ المُطالَبةِ بالحُقوقِ، وكذلك: إنْ علِمَ وهو جائِعٌ أو عَطشانُ لم يَكُنْ عليه أنْ يُطالِبَ حتىٰ يَفرُغَ من الأكلِ والشُّربِ، وكذلك: إنْ علِمَ به وهو في الحَمَّامِ لم يَكُنْ عليه أنْ يُطالَبَ حتىٰ يَخرجَ منه، وكذلك: إنْ كانَ يُريدُ الصَّلاةَ فله أنْ يَتطهَّرَ، ويَلبَسَ الثَّوبَ، ويُؤذِّنَ، ويَأتِيَ بسُننِ الصَّلاةِ وهَيئاتِها، ولا تَبطُلُ شُفعتُه بذلك؛ لأنَّ العادةَ جَرَت بتَقديمِ هذه الحَوائجِ علىٰ غيرِها، وكذلك إذا أخَّرَه لإغلاقِ البابِ، وحِفظِ المالِ، وتَحصيلِ المَركوبِ إنْ كانَت عادَتُه الرُّكوبَ، أو



كانَت المَسافةُ بَعيدةً؛ لأنَّ العادةَ جَرَت بتَقديمِ ذلك، وإذا لَقيَ المُشتَريَ، وقالَ: «السَّلامُ عليكم، أخَذتُ الشِّقصَ أو الشُّفعةَ بالثَّمنِ الذي اشتَرَيت به»، صَحَّ ذلك، ولا تَبطلُ شُفعتُه بالسَّلامِ؛ لأنَّ السَّلامَ قبلَ الكَلامِ سُنةٌ[1].

الحالةُ الثانيةُ: أنْ يَكونَ الشَّفيعُ غائِبًا:

الشَّفيعُ إذا كانَ غائِبًا ولم يَعلَمْ بالشُّفعةِ **فلا خِلافَ بينَ فُقهاءِ المَذاهبِ الأربَعةِ** علىٰ أنَّه أحَقُّ بالشُّفعةِ إذا علِمَ، وأنَّ شُفعتَه لا تَسقُطُ وهو غائِبٌ ولم يَعلَمْ.

قالَ الإمامُ ابنُ عبدِ البَرِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أمَّا شُفعةُ الغائِبِ فإنَّ أهلَ العِلمِ مُجمِعونَ علىٰ أنَّه إذا لم يَعلَمْ ببَيعِ الحِصةِ التي هو فيها شَريكٌ من الدُّورِ والأَرضينَ ثم قدِمَ فعلِمَ فله الشُّفعةُ مع طُولِ مُدةِ غَيبتِه[2].

وقالَ الإمامُ ابنُ رُشدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الذي له الشُّفعةُ رَجلانِ: حاضِرٌ أو غائِبٌ. فأمَّا الغائِبُ فأجمَعَ العُلماءُ علىٰ أنَّ الغائِبَ علىٰ شُفعتِه ما لم يَعلَمْ ببَيعِ شَريكِه[3].

وقالَ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَسألةٌ: قالَ (ومَن كانَ غائِبًا وعلِمَ بالبَيعِ في وَقتِ قُدومِه فله الشُّفعةُ وإنْ طالَت غَيبتُه).

---

(1) «البيان» (7/ 131، 134)، ويُنظَر: «النجم الوهاج» (5/ 247، 250)، و«مغني المحتاج» (3/ 337، 339).

(2) «الاستذكار» (7/ 73).

(3) «بداية المجتهد» (2/ 197، 198).





وجُملةُ ذلك أنَّ الغائِبَ له شُفعةٌ في قَولِ أكثَرِ أهلِ العِلمِ، رُوي ذلك عن شُريحٍ والحَسنِ وعَطاءٍ، وبه قالَ مالِكٌ واللَّيثُ والثَّوريُّ والأَوزاعيُّ والشافِعيُّ والعَنبَريُّ وأَصحابُ الرأيِ.

ورُويَ عن النَّخَعيِّ: ليسَ للغائِبِ شُفعةٌ، وبه قالَ الحارِثُ العُكليُّ والبَتِّيُّ إلا للغائِبِ القَريبِ؛ لأنَّ إِثباتَ الشُّفعةِ له يَضرُّ بالمُشتَري ويَمنعُ من استِقرارِ مِلكِه وتَصرُّفِه علىٰ حَسبِ اختيارِه خَوفًا من أَخْذِه، فلم يَثبُتْ ذلك كثُبوتِه للحاضِرِ علىٰ التَّراخي.

ولنا: عُمومُ قَولِه عَلَيهِ السَّلَامُ: «**الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ**» وسائِرُ الأَحاديثِ، ولأنَّ الشُّفعةَ حَقٌّ ماليٌّ وُجدَ سَببُه بالنِّسبةِ إلىٰ الغائِبِ فيَثبُتُ له كالإِرثِ، ولأنَّه شَريكٌ لم يَعلَمْ بالبَيعِ فتَثبُتُ له الشُّفعةُ عندَ عِلمِه، كالحاضِرِ إذا كتَمَ عنه البَيعَ وكالغائِبِ غَيبةً قَريبةً، وضَررُ المُشتَري يَندفِعُ بإِيجابِ القيمةِ له كما في الصُّورةِ المَذكورةِ.

إذا ثبَتَ هذا أنَّه إذا لم يَعلَمْ بالبَيعِ إلا وَقتَ قُدومِه فله المُطالَبةُ وإنْ طالَت غَيبَتُه -لأنَّ هذا الخيارَ يَثبُتُ لإِزالةِ الضَّررِ عن المالِ- فتَراخي الزَّمانِ قبلَ العِلمِ به لا يُسقِطُه كالرَّدِّ بالعَيبِ[1].

إلا أنَّ فُقهاءَ المَذاهبِ الأربَعةِ اختَلَفوا فيما لو عَلِمَ وهو غائِبٌ ولم يُشهِدْ أو لم يَطلُبْها، هل تَسقُطُ شُفعتُه أو هو علىٰ شُفعتِه أبَدًا حتىٰ يَقدَمَ ولو لم يُشهِدْ؟

(1) «المغني» (5/ 190، 191).



قالَ المالِكيةُ: لا تَسقُطُ شُفعتُه؛ لمَا رُويَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من حَديثِ جابرٍ أنَّه قالَ: «الجارُ أحَقُّ بصَقَبِه -أو قالَ بشُفعتِه- ينتَظرُ بها إذا كانَ غائبًا»، وأيضًا فإنَّ الغائبَ في الأكثَرِ مُعوَّقٌ عن الأخْذِ بالشُّفعةِ فوجَبَ عُذرُه[1].

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في الأظهَرِ والحَنابلةُ في المَذهبِ إلى أنَّ الشَّفيعَ إذا كانَ غائبًا عن بَلدِ المُشتَري وعلِمَ بالشُّفعةِ فليُشهِدْ على الطَّلبِ أو فليُوكِّلْ إنْ قدِرَ، فإنْ ترَكَ الإشهادَ أو التَّوكيلَ حينَ العِلمِ مع قُدرتِه عليه بطَلَ حَقُّه.

وفي مُقابِلِ الأظهَرِ عندَ الشافِعيةِ وهو قَولٌ للحَنابِلةِ: لا يَبطُلُ حَقُّه[2].

قالَ الحَنفيةُ: إنْ كانَ الشَّفيعُ حين علِمَ بالبَيعِ غائبًا عن البَلدِ فإنْ أشهَدَ حينَ علِمَ أو وكَّلَ من يأخُذُ له بالشُّفعةِ فهو على شُفعتِه، وإنْ علِمَه ولم يُشهِدْ ولم يُوكِّلْ حينَ بلَغَه ذلك مع قُدرتِه عليه وسكَتَ ساعةً بطَلَت شُفعتُه؛ لأنَّ الغائبَ يَقدِرُ على الطَّلبِ كما يَقدِرُ عليه الحاضِرُ، وإنْ أخبَرَ بكِتابٍ والشُّفعةُ في أوَّلِه أو وَسَطِه وقَرَأ الكِتابَ إلى آخِرِه قبلَ الطَّلبِ بطَلَت شُفعتُه، على هذا عامَّةُ المَشايخِ وهذا على اعتِبارِ الفَورِ.

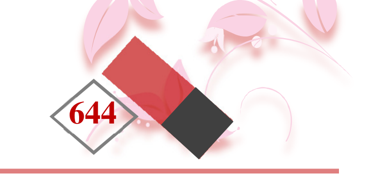
وعن مُحمدٍ: له مَجلِسُ العِلمِ[3].

---

(1) «الاستذكار» (7/ 73)، و«بداية المجتهد» (2/ 198).

(2) «النجم الوهاج» (5/ 248، 249)، و«مغني المحتاج» (3/ 338)، و«المغني» (5/ 190، 191)، و«شرح الزركشي» (2/ 162)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 387، 388).

(3) «الجوهرة النيرة» (3/ 387، 388).



وقالَ الإمامُ ابنُ قُدامةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَسألةٌ: قالَ: (وإنْ علِمَ وهو في السَّفرِ فلَم يُشهِدْ علىٰ مُطالَبتِه فلا شُفعةَ له):

ظاهِرُ هذا أنَّه مَتىٰ علِمَ الغائِبُ بالبَيعِ وقدِرَ علىٰ الإشهادِ وعلىٰ المُطالَبةِ فلم يَفعَلْ فشُفعتُه تَسقطُ، سَواءٌ قدِرَ علىٰ التَّوكيلِ أو عجَزَ عنه، أو سارَ عُقَيبَ العِلمِ أو أقامَ، وهو ظاهِرُ كَلامِ أَحمدَ في رِوايةِ أَبي طالِبٍ في الغائِبِ له الشُّفعةُ إذا بلَغَه أشهَدَ وإلا فليسَ له شَيءٌ، وهو وَجهٌ للشافِعيِّ.

والوَجهُ الآخَرُ: لا يَحتاجُ إلىٰ الإشهادِ؛ لأنَّه ثبَتَ عُذرُه فالظاهِرُ أنَّه ترَكَ الشُّفعةَ لذلك فقُبلَ قَولُه فيه.

ولنا: أنَّه قد يَتركُ الطَّلبَ للعُذرِ وقد يَتركُه لغَيرِه، وقد يَسيرُ لطَلبِ الشُّفعةِ وقد يَسيرُ لغيرِه، وقد قدِرَ أنْ يُبيِّنَ ذلك بالإشهادِ، فإذا لم يَفعَلْ سقَطَت شُفعتُه كتارِكِ الطَّلبِ مع حُضورِه.

وقالَ القاضِي: إنْ سارَ عُقَيبَ عِلمِه إلىٰ البَلدِ الذي فيه المُشتَري مِن غيرِ إشهادٍ احتمَلَ ألَّا تَبطُلَ شُفعتُه؛ لأنَّ ظاهِرَ سَيرِه أنَّه للطَّلبِ، وهو قَولُ أَصحابِ الرأيِ والعَنبَريِّ وهو قَولٌ للشافِعيِّ.

وقالَ أَصحابُ الرأيِ: له من الأجَلِ بعدَ العِلمِ قَدرُ السَّيرِ، فإنْ مَضىٰ الأجَلُ قبلَ أنْ يَبعثَ أو يَطلُبَ بطَلَت شُفعتُه، وقالَ العَنبَريُّ: له مَسافةُ الطَّريقِ ذاهِبًا وجائِيًا؛ لأنَّ عُذرَه في تَركِ الطَّلبِ ظاهِرٌ، فلم يَحتَجْ معه إلىٰ الشَّهادةِ وقد ذكَرنا وَجهَ قَولِ الخِرقيِّ.



ولا خِلافَ في أنَّه إذا عجَزَ عن الإِشهادِ في سَفرِه فشُفعتُه لا تَسقُطُ لأنَّه مَعذورٌ في تَركِه، فأشبَهَ ما لو ترَكَ الطَّلبَ لعُذرِه أو لعَدمِ العِلمِ، ومتىٰ قدِرَ علىٰ الإِشهادِ فأخَّرَه كانَ كتأخيرِ الطَّلبِ للشُّفعةِ، إنْ كانَ لعُذرٍ لم تَسقُطِ الشُّفعةُ، وإنْ كانَ لغيرِ عُذرٍ سقطَت؛ لأنَّ الإِشهادَ قائِمٌ مَقامَ الطَّلبِ ونائِبٌ عنه، فيُعتبَرُ له ما يُعتبَرُ للطَّلبِ.

ومَن لم يَقدِرْ إلا علىٰ إِشهادِ مَن لا تُقبلُ شَهادتُه كالصَّبيِّ والمَرأةِ والفاسِقِ فترَكَ الإِشهادَ لم تَسقُطْ شُفعتُه بترَكِه؛ لأنَّ قَولَهم غيرُ مُعتبَرٍ فلم يَلزَمْ إِشهادُهم كالأَطفالِ والمَجانينِ، وإنْ لم يَجِدْ مَن يُشهِدُه إلا مَن لا يَقدَمُ معه إلىٰ مَوضعِ المُطالَبةِ فلم يُشهِدْ فالأَوْلىٰ أنَّ شُفعتَه لا تَبطُلُ؛ لأنَّ إِشهادَه لا يُفيدُ فأشبَهَ إِشهادَ مَن لا تُقبلُ شَهادتُه، فإنْ لم يَجِدْ إلا مَستورَيِ الحالِ فلم يُشهِدهما احتمَلَ أنْ تَبطُلَ شُفعتُه؛ لأنَّ شهادَتَهما يُمكنُ إِثباتُها بالتَّزكيةِ فأشبَهَا العَدلَينِ.

ويُحتملُ ألَّا تَبطُلَ؛ لأنَّه يَحتاجُ في إِثباتِ شهادَتِهما إلىٰ كُلفةٍ كَثيرةٍ وقد لا يَقدِرُ علىٰ ذلك، فلا تُقبلُ شَهادتُهما، وإنْ أشهَدَهما لم تَبطُلْ شُفعتُه، سَواءٌ قُبِلت شَهادتُهما أو لم تُقبَلْ؛ لأنَّه لم يُمكِنْه أكثَرُ من ذلك فأشبَهَ العاجِزَ عن الإِشهادِ، كذلك إنْ لم يَقدِرْ إلا علىٰ إِشهادِ واحِدٍ فأشهَدَه أو ترَكَ إِشهادَه[1].

(1) «المغني» (5/ 190، 191)، و«شرح الزركشي» (2/ 162).



للشَّفيعِ تَركُ الشُّفعةِ مُقابلَ عِوضٍ:

اختلَفَ الفُقهاءُ في الشَّفيعِ هل له تَركُ الشُّفعةِ بأنْ يُصالِحَ عليها مُقابِلَ عِوضٍ يُبذَلُ له أو لا؟

فذهَبَ المالِكيةُ إلىٰ أنَّه يَجوزُ للشَّفيعِ أنْ يَتركَ الشُّفعةَ مُقابِلَ بَذلِ عِوضٍ له عليها؛ لأنَّه عِوضٌ علىٰ إزالةِ مِلكٍ في تَمليكٍ، فجازَ له أخْذُه كأخْذِ العِوضِ علىٰ تَمليكِ زَوجتِه أمْرَها والخُلعِ به[1].

وذهَبَ جُمهورُ الفُقهاءِ الحَنفيةُ والشافِعيةُ والحَنابلةُ إلىٰ أنَّه لا يَصحُّ بَذلُ العِوضِ مُقابِلَ حَقِّ الشُّفعةِ، فإنْ قالَ المُشترَي للشَّفيعِ: «صالِحْني علىٰ ما وجَبَ لكَ مِن الشُّفعةِ بدِينارٍ»، فقالَ الشَّفيعُ: «صالَحتُك»، لم يَصحَّ الصُّلحُ، ولا يَملِكُ الشَّفيعُ العِوضَ؛ لأنَّه خيارُ تَملُّكٍ فلا يَصحُّ بَذلُ العِوضِ فيه كخيارِ الثَّلاثِ، ولأنَّ الشُّفعةَ حَقُّ التَّملُّكِ وليسَ حَقًّا مُتقرَّرًا، فلا يَصحُّ الاعتِياضُ عنه كالعِنِّينِ إذا قالَ لامرأتِه: «اختاري تَركَ الفَسخِ بألفٍ»، أو قالَ للمُخيَّرةِ: «اختاريني بألفٍ»، فاختارَت، سقَطَ الفَسخُ ولا شَيءَ لهما، ويَجبُ عليه رَدُّ العِوضِ لأنَّه لم يُقابِلْه حَقٌّ مُتقرَّرٌ، فلا يَكونُ تِجارةً عن تَراضٍ فلا يَحلُّ.

ولأنَّه خيارٌ لا يَسقُطُ إلىٰ مالٍ فلم يَجزْ أخْذُ العِوضِ عنه كخيارِ الشَّرطِ، ويَبطُلُ ما قالَه بخيارِ الشَّرطِ، وأمَّا الخُلعُ فهو مُعاوَضةٌ عمَّا ملَكَه بعِوضٍ، وههنا بخِلافِه، **إلا أنَّهم اختلَفوا هل تَسقطُ الشُّفعةُ بذلك أو لا؟**

---

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 151، 152)، رقم (1004).

فذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في وَجهٍ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَسقُطُ؛ لأنَّه لمَّا عدَلَ عن الشُّفعةِ إلىٰ العِوضِ كانَ ذلك رِضًا بإسقاطِها فيَردُّ العِوضَ لأنَّه أخَذه بغيرِ استِحقاقٍ؛ لأنَّ المالَ لا يُستحَقُّ إلا بمُقابَلةِ مِلكٍ، وحَقُّ الشُّفعةِ ليسَ بمِلكٍ بل حَقُّ تَملُّكٍ، فلا يَصحُّ الاعتِياضُ عنه.

ولأنَّه رَضيَ بتَركِها وطلَبَ عِوضَها فيَثبُتُ التَّركُ المَرضيُّ به ولم يَثبُتِ العِوضُ، كما لو قالَ: «بِعْني»، فلم يَبِعْه، ولأنَّ تَركَ المُطالَبةِ بها كافٍ في سُقوطِها، فمع طَلبِ عِوضِها أوْلىٰ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في الصَّحيحِ عندَهم والقاضِي من الحَنابِلةِ إلىٰ أنَّها لا تَسقُطُ؛ لأنَّه عدَلَ عن الشُّفعةِ إلىٰ عِوضٍ، فإذا لم يَصحَّ له العِوضُ رجَعَ إلىٰ شُفعتِه، كما لو باعَ له عَينًا بثَمنٍ لا يَصحُّ[1].

مُسقِطاتُ الشُّفعةِ:

ذكَرَ الفُقهاءُ أنَّ الشُّفعةَ تَسقطُ بأَشياءَ، منها ما يَلي:

أولاً: مَوتُ الشَّفيعِ:

اختَلفَ الفُقهاءُ في الشُّفعةِ هل تُورَثُ أو لا؟

فإذا ماتَ الشَّفيعُ قبلَ أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ أو قبلَ المُطالَبةِ بها أو قبلَ الحُكمِ له بها، هل تَسقُطُ الشُّفعةُ بمَوتِه أو لوَرثتِه الحَقُّ في أنْ يأخُذوا ويُطالِبوا بالشُّفعةِ؟

(1) «الاختيار» (2/ 57)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 400)، و«مختصر الوقاية» (2/ 95)، و«درر الحكام» (6/ 487)، و«البيان» (7/ 134، 135)، و«المغني» (5/ 189).

فـذهَبَ الحَنفيـةُ والحَنابِلـةُ في المَشـهورِ عنـدَهم في الجُملةِ إلـىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَسقطُ بمَوتِ الشَّفيعِ.

قالَ الحَنفيةُ: الشَّفيعُ إذا ماتَ بعدَ البَيعِ وقبلَ القَضاءِ بالشُّفعةِ بطَلَت الشُّفعةُ، وليسَ لوَرثتِه حَقٌّ فيها؛ لأنَّ مِلكَ الشَّفيعِ زالَ بالمَوتِ وانتَقلَ إلىٰ الوارِثِ، وبعدَ ثُبوتِه للوارِثِ لم يُوجَدِ البَيعُ فلا يَثبتُ له حَقُّ الشُّفعةِ؛ لأنَّ مِلكَ الشَّفيعِ فيما يأخُذُ به الشُّفعةَ يُشترَطُ أنْ يَكونَ باقيًا من وَقتِ البَيعِ إلىٰ وَقتِ الأخْذِ بالشُّفعةِ، ولم يُوجَدْ في حَقِّ المَيتِ وَقتَ الأخْذِ ولا في حَقِّ الوارِثِ وَقتَ البَيعِ فبطَلَت؛ لأنَّها لا تُستحَقُّ بالمِلكِ الحادِثِ بعدَ البَيعِ ولا بالزائِلِ بعدَ الأخْذِ.

والمُرادُ إذا ماتَ الشَّفيعُ بعدَ البَيعِ قبلَ القَضاءِ بالشُّفعةِ، أمَّا إذا ماتَ بعدَ القَضاءِ لزِمَ وانتَقلت إلىٰ وَرثتِه ولزِمَهم الثَّمنُ.

ولا تَبطُلُ الشُّفعةُ بمَوتِ المُشتَري؛ لأنَّ المُستحِقَّ -وهو الشَّفيعُ- قائِمٌ، وحَقُّه مُقدَّمٌ علىٰ حَقِّ المُشتَري، حتىٰ لا تَنفُذَ وَصيَّتُه فيه، ولا يُباعُ في دَينِه، فيَكونُ مُقدَّمًا علىٰ حَقِّ الوارِثِ[1].

وقالَ الحَنابِلةُ: الشَّفيعُ إذا ماتَ قبلَ الأخْذِ بالشُّفعةِ لم يَخلُ من حالَتَين:

أَحدُهما: أنْ يَموتَ قبلَ أنْ يَطلُبَ الشُّفعةَ، فتَسقُطَ ولا تَنتقِلَ إلىٰ الوَرثةِ علىٰ المَشهورِ؛ لأنَّه حَقُّ فَسخٍ ثبَتَ لا لفَواتِ جُزءٍ فلم يُورَّثْ كالرُّجوعِ في

(1) «مختصر اختلاف العُلماء» (4/ 248، 249)، و«الاختيار» (2/ 57)، و«تبيين الحقائق» (5/ 257، 258)، و«البحر الرائق» (8/ 160)، و«مجمع الأنهر» (4/ 119).



الهِبةِ، ولأنَّه نَوعُ خيارٍ جُعلَ للتَّمليكِ أشبَهَ خيارَ القَبولِ، ولأنَّا لا نَعلَمُ بَقاءَه علىٰ شُفعتِه؛ لاحتِمالِ رَغبتِه عنها، ولا يَنتقِلُ للوَرثةِ ما يُشَكُّ في ثُبوتِه.

وقالَ أَحمدُ: المَوتُ يَبطُلُ به ثَلاثةُ أَشياءَ: الشُّفعةُ والحَدُّ إذا ماتَ المَقذوفُ والخيارُ إذا ماتَ الذي اشتَرطَ الخيارَ، ولم يَكُنْ للوَرثةِ هذه الأَشياءُ الثَّلاثةُ، إنَّما هي بالطَّلبِ، فإذا لم يَطلُبْ فليسَ تَجبُ إلا أنْ يَشهدَ أنِّي علىٰ حَقِّي من كذا وكذا وأنِّي قد طَلَبتُه، فإنْ ماتَ بعدَه كانَ لوارِثِه الطَّلبُ به، أمَّا إذا لم يَطلُبْها فلا تَنتقِلُ لوَرثتِه.

الحالُ الثانيةُ: إذا طالَبَ بالشُّفعةِ ثم ماتَ، فإنَّ حَقَّ الشُّفعةِ يَنتقِلُ إلىٰ الوَرثةِ قَولًا واحِدًا؛ لأنَّ الحَقَّ يَتقرَّرُ بالطَّلبِ، ولذلك لا يَسقُطُ بتأخيرِ الأَخْذِ بعدَه، وقَبلَه يَسقطُ.

قالَ ابنُ قُدامةَ: وقالَ القاضِي: يَصيرُ الشِّقصُ مِلكًا للشَّفيعِ بالمُطالبةِ نَفسِها، وقد ذَكَرنا أنَّ الصَّحيحَ غيرُ هذا، فإنَّه لو صارَ مِلكًا للشَّفيعِ لم يَصِحَّ العَفوُ عن الشُّفعةِ بعدَ طَلبِها، كما لا يَصحُّ العَفوُ عنها بعدَ الأخْذِ بها، فإذا ثبَتَ هذا فإنَّ الحَقَّ يَنتقِلُ إلىٰ جَميعِ الوَرثةِ علىٰ حَسبِ مَواريثِهم؛ لأنَّه حَقٌّ ماليٌّ مَوروثٌ فيَنتقِلُ إلىٰ جَميعِهم كسائِرِ الحُقوقِ الماليةِ، وسَواءٌ قُلنا: الشُّفعةُ علىٰ قَدرِ الأَملاكِ أو علىٰ عَددِ الرُّؤوسِ؛ لأنَّ هذا يَنتقِلُ إليهم من مَوروثِهم، فإنْ ترَكَ بعضُ الوَرثةِ حقَّه توافَرَ الحَقُّ علىٰ سائِرِ الوَرثةِ، ولم يَكُنْ لهم أنْ يأخُذوا إلا الكُلَّ أو يَتركوا، كالشُّفعاءِ إذا عَفا بعضُهم عن شُفعتِه؛ لأنَّا لو جَوَّزنا أخْذَ بعضِ الشِّقصِ المَبيعِ تبعَّضَت الصَّفقةُ علىٰ المُشترِي وهذا ضَررٌ في حَقِّه.



فَصلٌ: وإنْ أشهَدَ الشَّفيعُ علىٰ مُطالبتِه بها للعُذرِ ثم ماتَ لم تبطُلْ، وكانَ للوَرثةِ المُطالَبةُ بها، نَصَّ عليه أَحمدُ؛ لأنَّ الإشهادَ علىٰ الطَّلبِ عندَ العَجزِ عنه يَقومُ مَقامَه، فلم تَسقُطِ الشُّفعةُ بالمَوتِ بعدَهُ كالطَّلبِ نَفسِه[1].

وذهَبَ المالِكيةُ والشافِعيةُ والحَنابِلةُ في قَولٍ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تُورَثُ، فإذا ماتَ الشَّفيعُ انتقَلَ الحَقُّ إلىٰ وَرثتِه فلهم المُطالَبةُ بالشُّفعةِ.

لقَولِ اللهِ تَعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ [النِّسَاء: 11]، فكانَ علىٰ عُمومِه، ولقَولِ النَّبيِّ ﷺ: «**مَن ترَكَ مالًا أو حَقًّا فلوَرثتِه**»[2]، ولأنَّه خيارٌ ثبَتَ لدَفعِ الضَّررِ عن مالِه؛ فجازَ أنْ يَقومَ الوارِثُ مَقامَه كخيارِ الرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّه حَقٌّ مُستفادٌ بالمِلكِ فجازَ أنْ يُورَثَ كثِمارِ الشَّجرةِ ونِتاجِ الماشيةِ، ولأنَّه حَقٌّ يَلزمُ في البَيعِ فوجَبَ أنْ يَكونَ مَوروثًا كالرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّ الشُّفعةَ من حُقوقِ المِلكِ فوجَبَ أنْ تَكونَ مَوروثةً مع المِلكِ كطُرقِ الأَملاكِ ومَرافِقِها والرَّهنِ في الدُّيونِ وضَمانِها، ولأنَّ المَوتَ يُسقِطُ التَّكليفَ، وما سقَطَ به التَّكليفُ لم تَبطُلْ به الشُّفعةُ كالجُنونِ، ولأنَّه قَبضٌ استُحِقَّ في عَقدِ بَيعٍ فوجَبَ أنْ يَكونَ كالقَبضِ في البَيعِ[3].

---

(1) «المغني» (5/ 216، 217)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«المبدع» (5/ 223).

(2) أخرجه البخاري (6350)، ومسلم (1619) بلفظ: «ومَن ترَكَ مالًا فلوَرَثتِه».

(3) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 146، 147)، رقم (1000)، =

قالَ الإمامُ الماوَرديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **قالَ الشافِعيُّ** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولوَرَثةِ الشَّفيعِ أنْ يأخُذوا ما كانَ يأخُذُه أَبوهم بينَهم علىٰ العَددِ، امرأتُه وابنُه في ذلك سَواءٌ».

قالَ المُزنِيُّ: «وهذا يُؤكِّدُ ما قُلتُ أيضًا».

قالَ الماوَرديُّ: أمَّا الشُّفعةُ فمَوروثةٌ تَنتقِلُ بمَوتِ الشَّفيعِ قبلَ عَفوِه إلىٰ وَرثتِه.

وقالَ أَبو حَنيفةَ: الشُّفعةُ غيرُ مَوروثةٍ، وقد بطَلَت بمَوتِ الشَّفيعِ؛ استِدلالًا بأنَّه خيارٌ مَوضوعٌ لاستِخلافِ مالٍ فوجَبَ أنْ يَبطُلَ بالمَوتِ قياسًا علىٰ خيارِ البَدلِ والقَبولِ، ولأنَّ الشَّفيعَ يَستحِقُّ بشُفعتِه دَفعَ الضَّررِ عن مالِه كالزَّوجِ الذي يَستحِقُّ باللِّعانِ دَفعَ الضَّررِ الداخِلِ عليه في نَسبِه، ثم ثبَتَ أنَّ اللِّعانَ يَبطُلُ بالمَوتِ ولا يَصيرُ مَوروثًا فوجَبَ أنْ تَبطُلَ الشُّفعةُ بالمَوتِ ولا تَصيرَ مَوروثةً.

وتَحريرُه قياسًا: أنَّ ما وُضعَ لدَفعِ الضَّررِ من الخيارِ إذا لم يَنتقِلْ إلىٰ مالٍ بطَلَ بالمَوتِ كاللِّعانِ، قالَ: ولأنَّ مِلكَ الوَرثةِ مُستحدَثٌ بعدَ وُجوبِ الشُّفعةِ، وحُدوثُ المِلكِ بعدَها يَمنعُ من إيجابِها، كمَن استُوهِبَ مِلكًا بعدَ وُجوبِ الشُّفعةِ لم يَستحِقَّ به شُفعةً، قالَ: ولأنَّ الحُقوقَ المَوروثةَ إذا عَفا عنها المَريضُ كانَ عَفوُه مَردودًا كالدُّيونِ، فلمَّا كانَ عَفوُ المَريضِ عن

=

و«الاستذكار» (8/ 85)، و«الذخيرة» (7/ 275)، و«بداية المجتهد» (2/ 198)، و«الحاوي الكبير» (7/ 257، 258)، و«البيان» (7/ 161، 162)، و«المغني» (5/ 216، 217)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«المبدع» (5/ 223).

الشُّفعةِ صَحيحًا وليسَ للوَرثةِ فيه اعتِراضٌ دَلَّ علىٰ أنَّه غيرُ مَوروثٍ، قالَ: ولأنَّ ما وُرثَ بالأَسبابِ والأَنسابِ انتقَلَ إرثُه عندَ عَدمِهم إلىٰ بَيتِ المالِ، فلمَّا لم يَجزْ للإِمامِ أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ لبيتِ المالِ، دَلَّ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ غيرُ مَوروثةٍ مِيراثَ الأَموالِ.

ودَليلُنا قَولُه تَعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ [النساء:11] فكانَ علىٰ عُمومِه، ولأنَّه حَقٌّ يَلزمُ في البَيعِ وجَبَ أنْ يَكونَ مَوروثًا كالرَّدِّ بالعَيبِ، ولأنَّ الشُّفعةَ مِن حُقوقِ المِلكِ فوجَبَ أنْ تَكونَ مَوروثةً مع المِلكِ كطُرقِ الأَملاكِ ومَرافِقِها والرَّهنِ في الدُّيونِ وضَمانِها، ولأنَّ المَوتَ يُسقِطُ التَّكليفَ، وما سقَطَ به التَّكليفُ لم تَبطُلْ به الشُّفعةُ كالجُنونِ، ولأنَّه قَبضٌ استُحِقَّ في عَقدِ بَيعٍ فوجَبَ أنْ يَكونَ كالقَبضِ في البَيعِ.

فأمَّا الجَوابُ عن قياسِهم علىٰ خيارِ البَدلِ والقَبولِ فهو أنَّه مُنتقَضٌ بخيارِ الرَّدِّ بالعَيبِ، ثم إنَّ خيارَ البَدلِ والقَبولِ يَجوزُ أنْ يُورَثَ لو لا أنَّه مُستحَقٌّ علىٰ الفَورِ، فكانَ بُطلانُ مِيراثِه لتَراخي زَمانِه لاستِحالةِ إرثِه، ثم المَعنىٰ في خيارِ القَبولِ أنَّه لمَّا لم يَجزْ أنْ يَستَنيبَ المَبذولُ له مَن يَقبلُ عنه لم يَنتقِلْ إلىٰ وارِثِه، ولمَّا جازَ أنْ يَستنيبَ الشَّفيعُ مَن يُطالِبُ عنه انتقَلَ إلىٰ وارِثِه.

وأمَّا الجَوابُ عن قياسِهم علىٰ اللِّعانِ فهو ما ذَكَرنا أنَّ النِّيابةَ في اللِّعانِ لا تَصحُّ، وليسَ المَنعُ مِن أخْذِ العِوضِ عن الشُّفعةِ بمانِعٍ مِن أنْ يُورثَ كالرَّدِّ بالعَيبِ لا يَجوزُ أخذُ العِوضِ عنه ويَجوزُ أنْ يُورثَ.

وأمَّا الجَوابُ عن استِدلالِهم بأنَّ مِلكَ الوَرثةِ طارِئٌ فهو أنَّهم ليسوا يَملِكونَها لأنفُسِهم بالطارِئِ مِن مِلكِهم، وإنَّما يَنتقِلُ إليهم مِيراثًا عن مَيتِهم، فقاموا فيه مَقامَه، كمَن وَصَّىٰ له بابنِه المَملوكِ فماتَ قبلَ قَبولِه وتَركَ ابنًا آخَرَ فقبِلَ بعدَ مَوتِ أَبيه الوَصيةَ بأَخيه عُتقَ عليه، وإنْ كانَ الأخُ لا يُعتِقُ أَخاه؛ لأنَّه قبِلَه نيابةً عن أَبيه.

وأمَّا الجَوابُ عن استِدلالِهم بأنَّ الحُقوقَ المَوروثةَ تَردُّ عَفوَ المُوصَىٰ عنها كالدُّيونِ فهو أنَّ أَصحابَنا قد اختَلَفوا في ذلك، فكانَ بعضُهم يَجعلُ للوارِثِ إِبطالَ عَفوِه، فعلىٰ هذا سقَطَ السُّؤالُ، وقالَ الأَكثَرونَ منهم -وهو الصَّحيحُ- إنَّ عَفوَه ماضٍ ولا اعتِراضَ عليه للوارِثِ؛ لأنَّهم إنَّما يَعترِضونَ عليه فيما استقَرَّ عليه مِلكُه من الأَملاكِ ولم يَستقِرَّ له ههنا مِلكٌ، وإنَّما هو سَببٌ يُفضي إلىٰ المِلكِ، فصارَ كقَبضِ الهِبةِ الذي يُملَكُ به الهِبةُ، ولو رَدَّه المَريضُ لم يَعترِضِ الوَرثةُ عليه، وإنْ جازَ أنْ يَقوموا في القَبضِ مَقامَه.



وأمَّا الجَوابُ عن استِدلالِهم بأنَّ ما كانَ مَوروثًا صارَ لبَيتِ المالِ عندَ عَدمِ الوَرثةِ، فهو أنَّ لأَصحابِنا فيه وَجهَينِ:

أَحدُهما: أنَّه مَوروثٌ لبَيتِ المالِ ويَستحِقُّ الإِمامُ أَخذَه بالشُّفعةِ لجَميعِ المُسلِمينَ إذا رأىٰ ذلك صَلاحًا.

والوَجهُ الثاني: لا شُفعةَ فيه، وقد بطَلَت؛ لأنَّ الشُّفعةَ تَجبُ لدَفعِ الضَّررِ بها فبطَلَت الشُّفعةُ، وليسَ كذلك الوارِثُ؛ لأنَّه يَختصُّ بالتَّصرفِ فلحِقَه الضَّررُ فاستحَقَّ الشُّفعةَ، واللهُ سُبحانَهُ وَتَعَالَى أعلَمُ بالصَّوابِ[1].

---

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 257، 258).



إلا أنَّ الشافِعيةَ اختَلَفوا فيما لو ماتَ الشَّفيعُ، هل تُقسَّمُ الشُّفعةُ علىٰ الوَرثةِ علىٰ قَدرِ فُروضِهم في الإرثِ، أو علىٰ قَدرِ عَددِهم.

فذهَبَ أكثَرُ الشافِعيةِ إلىٰ أنَّها تُقسَّمُ عليهم علىٰ قَدرِ فُروضِهم؛ لأنَّهم لم يَستحِقُّوا الشُّفعةَ بالمِلكِ، وإنَّما استحَقُّوها بالإرثِ عن المَيتِ، وهُم مُتفاضِلونَ في المِيراثِ عنه، وعلىٰ هذا لو عَفا أحَدُ الوَرثةِ لم يَسقُطْ حَقُّ مَن لم يَعفُ، وكانَ لمَن بَقيَ من الوَرثةِ -ولو كانَ واحدًا- أنْ يأخُذَ جَميعَ الشُّفعةِ كالشُّركاءِ إذا عَفا بعضُهم عادَ حَقُّه إلىٰ مَن بَقيَ، وإنْ ماتَ الشَّفيعُ بعدَ البَيعِ فقد ملَكَ الشُّفعةَ بالبَيعِ وانتقَلَت عنه بالمَوتِ إلىٰ وَرثتِه، ويَستَوي فيها الوارِثُ بنَسبٍ وسَببٍ، وهي بينَهم علىٰ قَدرِ مَواريثِهم.

والثاني: علىٰ عَددِ رُؤوسِهم[1].

ثانيًا: إذا ترَكَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ:

إذا علِمَ الشَّفيعُ بالشُّفعةِ وتمَكَّنَ من طَلبِها لزِمَه أنْ يَطلبَها علىٰ الفَورِ، فإنْ أخَّرَ الطَّلبَ سقَطَت شُفعتُه **عندَ الحَنفيةِ والشافِعيةِ في الأصَحِّ والحَنابِلةِ في المَذهبِ كما تقدَّمَ بَيانُه خِلافًا للمالِكيةِ.**

ثالِثًا: ترْكُ الشَّفيعِ الإشهادَ حينَ علمِه بالشُّفعةِ:

نَصَّ الحَنفيةُ كما تقدَّمَ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَبطُلُ إذا ترَكَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ حينَ علِمَ بها وهو يَقدِرُ علىٰ ذلك، وهذا يُسمَّىٰ طلَبَ المُواثَبةِ، ثم يَنهَضُ من مَجلسِه بعدَ طلَبِ المُواثَبةِ فيُشهِدُ علىٰ البائعِ إنْ كانَ المَبيعُ في يَدِه ولم

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 258، 259)، و«البيان» (7/ 161، 162).

يَكُنْ سلَّمَ إلىٰ المُشتَري، أو يُشهِدُ علىٰ المُشتَري أو يُشهِدُ عندَ العَقارِ؛ لأنَّ الحَقَّ مُتعلِّقٌ به[1].

وقد تقدَّمَت المَسألةُ بالتَّفصيلِ.

رابِعًا: إذا أخَذَ عِوضًا مُقابِلَ الشُّفعةِ:

ذهَبَ الحَنفيةُ والشافِعيةُ في وَجهٍ والحَنابِلةُ في المَذهبِ إلىٰ أنَّ الشُّفعةَ تَسقطُ إذا طلَبَ الشَّفيعُ عِوضًا علىٰ الشُّفعةِ؛ لأنَّه لمَّا عدَلَ عن الشُّفعةِ إلىٰ العِوضِ كانَ ذلك رِضًا بإسقاطِها، فيَردُّ العِوضَ؛ لأنَّه أخَذَه بغيرِ استِحقاقٍ؛ لأنَّ المالَ لا يُستحَقُّ إلا بمُقابلةِ مِلكٍ، وحَقُّ الشُّفعةِ ليسَ بمِلكٍ بل حَقُّ تَملُّكٍ، فلا يَصحُّ الاعتِياضُ عنه.

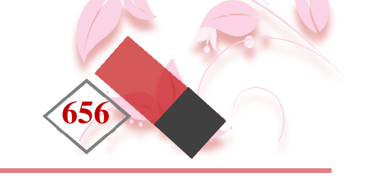
ولأنَّه رَضيَ بتَركِها وطلَبَ عِوضَها، فيَثبُتُ التَّركُ المَرضِيُّ به، ولم يَثبُتِ العِوضُ كما لو قالَ: «بِعْني»، فلم يَبِعْه، ولأنَّ تَركَ المُطالَبةِ بها كافٍ في سُقوطِها، فمع طَلبِ عِوضِها أَولىٰ.

وذهَبَ الشافِعيةُ في الصَّحيحِ عندَهم والقاضِي من الحَنابِلةِ إلىٰ أنَّها لا تَسقطُ؛ لأنَّه عدَلَ عن الشُّفعةِ إلىٰ عِوضٍ، فإذا لم يَصحَّ له العِوضُ رجَعَ إلىٰ شُفعتِه، كما لو باعَ له عَينًا بثَمنٍ لا يَصحُّ[2].

---

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 385، 389)، و«الاختيار» (2/ 54)، و«مختصر الوقاية» (2/ 90)، و«اللباب» (1/ 503، 506).

(2) «الاختيار» (2/ 57)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 400)، و«مختصر الوقاية» (2/ 95)، و«درر الحكام» (6/ 487)، و«البيان» (7/ 134، 135)، و«المغني» (5/ 189).



خامسًا: تَنازُلُ الشَّفيعِ عن الشُّفعةِ أو بعضِها:

لا خِلافَ بينَ الفُقهاءِ علىٰ أنَّ الشَّفيعَ إذا تَنازلَ عن الشُّفعةِ أو عن بعضِها بأنْ قالَ: «آخُذُ نِصفَ الشُّفعةِ»، مَثلًا، سقَطَت الشُّفعةُ.

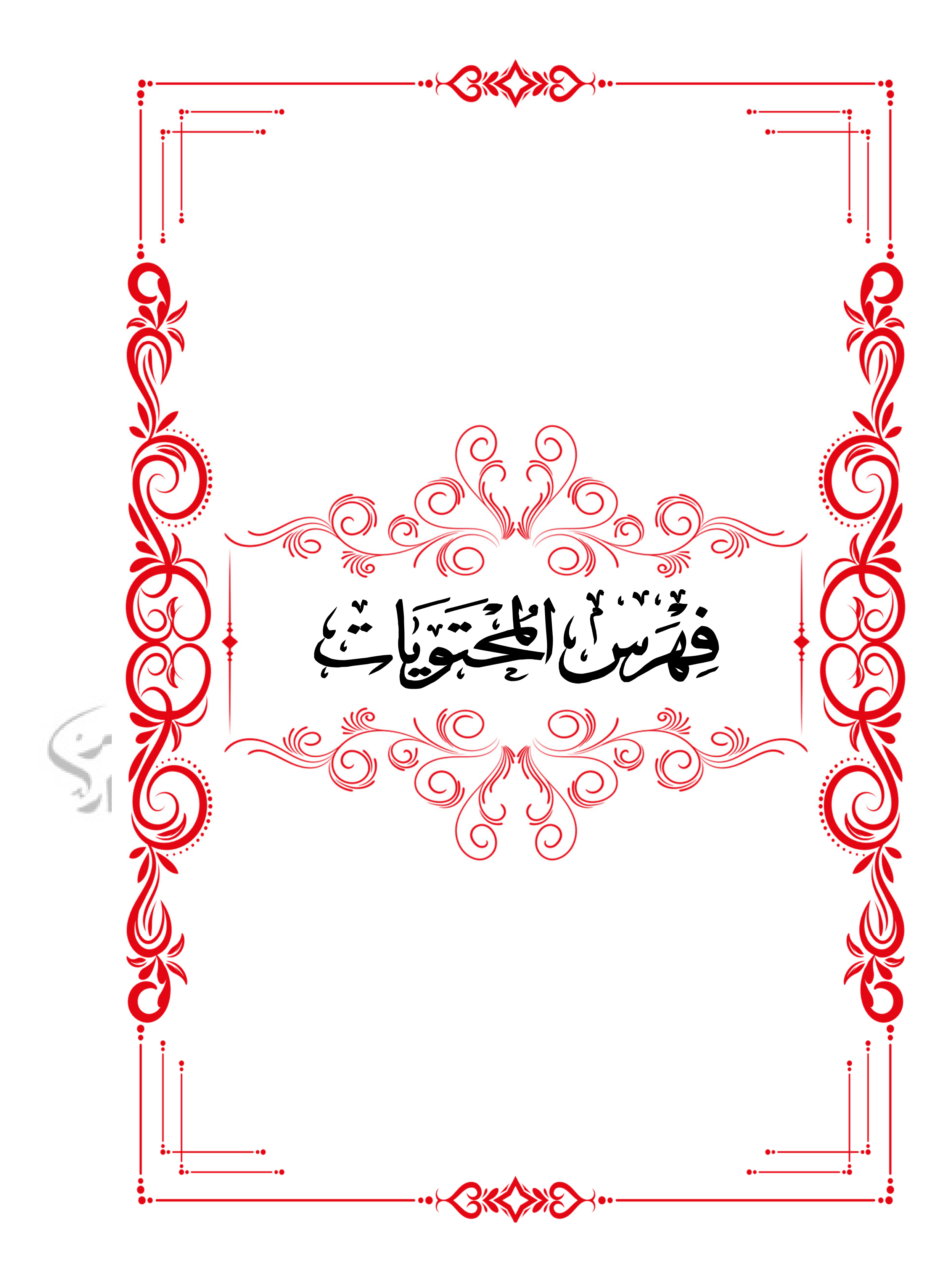
وكذا إذا تنازَلَ بعضُ الشُّركاءِ وأَرادَ أحدُهم أنْ يأخُذَ نَصيبَه فقط سقَطَت الشُّفعةُ، **وهذا مَحلُّ إجماعٍ من العُلماءِ**؛ لأنَّها لا تَتبعَّضُ، فإذا سقَطَ بعضُها سقَطَ جَميعُها كالقِصاصِ إلا إذا رَضيَ الآخَرُ؛ لأنَّ في ذلك إضرارًا عليه بتَبعيضِ الصَّفقةِ علىٰ المُشترَي.

قالَ الإمامُ ابنُ المُنذرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأَجمَعوا علىٰ أنَّ مَن اشتَرىٰ شِقصًا من أرضٍ مُشترَكةٍ فسلَّمَ بعضُهم الشُّفعةَ وأَرادَ بعضُهم أنْ يأخُذَ فلمَن أَرادَ الأخْذَ بالشُّفعةِ أنْ يأخُذَ الجَميعَ أو يَدعَه، وليسَ له أنْ يأخُذَ بقَدرِ حِصتِه، ويَترُكَ ما بَقيَ[1].

---

(1) «الإجماع» (510)، ويُنظَر: «الهداية» (4/ 25، 26)، و«العناية» (13/ 433)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 408)، و«البحر الرائق» (8/ 145)، و«الفتاوىٰ الهندية» (5/ 197)، و«موطأ مالك» (2/ 715)، و«الكافي» (1/ 440)، و«شرح الزرقاني» (3/ 479)، و«التاج والإكليل» (4/ 370)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 236)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 176)، و«البيان» (7/ 145)، و«المغني» (5/ 211)، و«شرح الزركشي» (2/ 171)، و«المبدع» (5/ 213)، و«الإنصاف» (6/ 276)، و«كشاف القناع» (4/ 181).

فِهرس المحتويات





فهرس المحتويات







